# Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung bei Stückschulden erforderlich?

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Vereinigten Friedrichs-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Georg Richter
Referendar in Halle (Saale)

Berichterstatter: Professor Dr. Boehmer

Halle (Saale) 1932

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle, Dölauer Str. 14

# Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung bei Stückschulden erforderlich?

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Vereinigten Friedrichs-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Georg Richter
Referendar in Halle (Saale)

Berichterstatter: Professor Dr. Boehmer

Halle (Saale) 1932

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle, Dölauer Str. 14

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0140

# Inhaltsangabe.


Seite

Einleitung . . . . . 1

**I. Teil: Der Begriff der positiven Vertragsverletzung im Sinne der herrschenden Lehre** . . . . . 2

1. Der Begriff der positiven Vertragsverletzung . . 2
2. Die Begründung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung in der bisherigen Lehre . . . . . 7
   a) Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung entbehrlich, weil andere im Gesetze ausdrücklich geregelte Rechtsbehelfe eingreifen? . . . . . 7
   b) Die Begründung mit § 276 BGB . . . . . 12
   c) Analogie aus den §§ 280, 284 ff. BGB . . . . 17
   d) Freie Lückenausfüllung . . . . . 20

**II. Teil: Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung erforderlich?** . . . . . 22

1. Die unmittelbare Anwendung der §§ 280, 284 ff. BGB 22
2. Die positiven Vertragsverletzungen als Verstöße gegen schuldrechtliche Haupt- oder Nebenpflichten . . 27
   a) Vertragliche Hauptpflichten des Schuldners . . 29
   b) Nebenpflichten des Schuldners . . . . . 30
      A. Die Erhaltungspflichten . . . . . 32
      B. Die Anzeigepflichten . . . . . 39
      C. Exkurs: culpa in contrahendo . . . . 42
   c) Die Art der Verletzung der schuldrechtlichen Pflichten . . . . . 44
   d) Die Rechtsfolgen der Verletzung der Schuldenpflichten . . . . . 47
   e) Zusammenfassung . . . . . 51
3. Die Schlechterfüllung . . . . . 54
4. Anhang: Ist der Begriff der positiven Verletzungen beim gegenseitigen Vertrage erforderlich? . . . 64

# Einleitung.

Der Begriff der „positiven Vertragsverletzungen" ist dem Bürgerlichen Gesetzbuche unbekannt. Erst einige Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzbuches wurde er erstmalig herausgearbeitet und begründet, er verdankt seine Entstehung also nicht der Gesetzgebung, sondern der Rechtslehre und Rechtsprechung.

Um in eine Erörterung der Frage eintreten zu können, ob der Begriff der „positiven Vertragsverletzung" für Stückschulden erforderlich ist oder nicht, muß daher zunächst festgestellt werden, was Wissenschaft und Rechtsprechung unter diesem Begriffe verstanden haben und noch verstehen. Dabei muß auch erörtert werden, wie sie ihre Ansichten aus dem Bürgerlichen Rechte begründet haben, insbesondere welche Rechtssätze sie auf den von ihnen gefundenen Tatbestand der „positiven Vertragsverletzungen" angewandt haben und anwenden. Erst wenn diese Bestimmung des Begriffes der „positiven Vertragsverletzung" im Sinne der herrschenden Lehre erfolgt ist und wenn klar erkannt ist, woraus man diesen Begriff herleiten will, kann in die Erörterung des eigentlichen Themas eingetreten werden.

Demgemäß wird in der vorliegenden Arbeit zunächst die herrschende Lehre über den Begriff der „positiven Vertragsverletzung" einer eingehenden Untersuchung unterworfen werden. Dabei ist naturgemäß davon auszugehen, daß der Begriff der „positvien Vertragsverletzung" als erforderlich anzusehen ist, denn die Lehren der meisten Schriftsteller und der Mehrzahl der Gerichte teilen diesen Standpunkt. Gleichzeitig sollen die Versuche der Vertreter dieser Ansicht, den Begriff der „positiven Vertragsverletzung" rechtlich zu begründen, dargestellt werden. Diese Darstellung wird im allgemeinen eine rein berichtende sein müssen, da bei ihr ja der in der Arbeit zu untersuchende eigentliche Fragenkomplex nach der Erforderlichkeit des ganzen Begriffes bejahend unterstellt werden muß.

Erst wenn durch diese Darstellung der herrschenden Lehre und der wenigen Außenseiter die zu untersuchenden Fragen und Begriffe klargelegt worden sind, kann sich die Arbeit in ihrem zweiten Teile ihrem eigentlichen Thema zuwenden. In diesem zweiten Teile, dessen Erörterungen nunmehr kritisch zu den im ersten nur in Form eines Bericht mitgeteilten Lehren und Begriffen Stellung nehmen müssen, soll dann die Frage nach der Erforderlichkeit des Begriffes der „positiven Vertragsverletzung" erörtert werden. Anschließend an diese Erörterung soll dann der Versuch unternommen werden, den Begriff der „positiven Vertragsverletzungen", wenn und soweit er für erforderlich erachtet werden muß, nach dem Bürgerlichen Rechte zu begründen.

Im Anschluß an die Erörterungen dieser beiden Hauptteile der Arbeit soll in einem kurzen Anhange untersucht werden, ob bei gegenseitigen Verträgen wegen „positiver Vertragsverletzungen" Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt werden kann.

## I. Teil:

## Der Begriff der „positiven Verlagsverletzung" im Sinne der herrschenden Lehre.

Der Begriff der „positiven Vertragsverletzung" verdankt seine Entdeckung den Untersuchungen von Staub über die Verletzung schuldrechtlicher Pflichten, die er erstmalig in der Festgabe für den 26. Deutschen Juristentag im Jahre 1902 vertrat und dann später in seiner Schrift „Die positiven Vertragsverletzungen" im Jahre 1904 verteidigte. Diese für die Entwicklung der ganzen Lehre grundlegende Schrift ist nach seinem Tode unter Berücksichtigung ihrer Fortentwickelung von E. Müller besorgt im Jahre 1913 in zweiter Auflage erschienen.

Staub geht bei seinen Untersuchungen davon aus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in seinen allgemeinen Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse nicht alle Arten vertretbarer Verletzung schuldrechtlicher Pflichten geregelt habe. Es habe nur die nachträgliche Unmöglichkeit in den §§ 280 ff. und den Verzug in den §§ 284 ff. geregelt, aber übersehen, daß es darüber hinaus noch andere Arten der Verletzung schuldrechtlicher Pflichten geben kann.

### 1. Der Begriff der positiven Vertragsverletzung.

Während nämlich die beiden im BGB geregelten Fälle von Verletzungen schuldrechtlicher Pflichten im Ergebnis in einem Nichtstun des Schuldners bestehen, sei es denkbar, daß Fälle vorkommen, in denen der Schuldner gerade durch positives Handeln gegen seine Pflichten verstößt. Und deshalb, weil in diesen Fällen die Verletzung der Schuldnerpflicht auf positivem Handeln beruht im Gegensatze zu den beiden im BGB geregelten Fällen der Verletzung der Schuldnerpflichten, die ein negatives Verhalten des Schuldners zur Ursache haben, nannte er diese Fälle „positive Vertragsverletzungen". Er definierte sie dahin: „Zahlreiche Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft". Staub-Müller, S. 5.

Die Beispiele, die Staub hierfür gibt, sind folgende:

1. Es verpflichtet sich jemand, die an ihn verkauften Lampen nicht nach Frankreich weiter zu verkaufen; er tut es doch.

2. Es liefert ein Kaufmann einem anderen Kaufmanne einen von ihm fabrizierten Leuchtstoff, der explosive Bestandteile enthält, ohne den Käufer darauf aufmerksam zu machen; der Leuchtstoff explodiert im Laden des Käufers und richtet großen Schaden an.

3. Ein Agent gibt aus Nachlässigkeit unrichtige Berichte über die Zahlungsfähigkeit eines von ihm gewonnenen Kunden. Seinem Auftraggeber entsteht daraus ein Schaden.

4. Ein anderer Agent arbeitet fortgesetzt für ein Konkurrenzgeschäft, obwohl darin nach Lage der Sache eine arge Pflichtverletzung zu erblicken ist.

5. Ein Kommis verkauft aus Nachlässigkeit weit unter dem Einkaufspreise und schädigt dadurch seinen Prinzipal.

6. Ein Prinzipal gibt seinem Handlungsgehilfen ein schlechtes Zeugnis, in das er schuldhaft unrichtige Angaben aufnimmt.

7. Es werden wurmstichtige Aepfel geliefert, die die gesunden des Käufers anstecken.

8. Mottige Pelzware, feuchte Lederware, saurer Wein, wässeriger Teer wird geliefert. Dem Käufer entsteht dadurch ein Schaden, daß er nicht in der Lage ist, seinerseits richtig zu erfüllen.

9. Ein Gesellschafter stellt eine falsche Bilanz auf, durch deren günstige Angaben die anderen Gesellschafter zu Dispositionen veranlaßt werden, die der Gesellschaft Schaden bringen.

Gegen die Staubsche Lehre sind bald nach ihrer Veröffentlichung Bedenken nach verschiedenen Richtungen hin laut geworden.

Zunächst gegen die Benennung „positive" Vertragsverletzungen. Die Scheidung der Verletzungen schuldrechtlicher Pflichten in positive einerseits und negative (= Unmöglichkeit und Verzug) andererseits ist recht willkürlich. Darauf haben insbesondere Enneccerus I 2 § 278 II und Lesser S. 3/4, ferner Kress S. 590 hingewiesen. Es ist nämlich keineswegs richtig, daß Verzug immer die Folge bloßer Untätigkeit sein muß; so wird es zwar regelmäßig sein, es ist jedoch denkbar, daß der Schuldner nach erfolgter Fristsetzung oder Eintritt eines Termines deshalb nicht rechtzeitig liefert, weil er die ihm bisher zur rechtzeitigen Lieferung zur Verfügung stehenden Transportmittel schuldhaft vernichtet oder weil er die von ihm auszuführenden Arbeiten mutwillig verzögert hat (vergl. Reichsgericht in RGE 68/194; das Reichsgericht sieht hierin allerdings bereits eine Pflichtverletzung). Dazu kommt, daß auch die Unmöglichkeit durch positives Tun des Schuldners herbeigeführt werden kann; so in den Fällen, in denen der Schuldner selbst vorsätzlich oder fahrlässig die zu liefernden Sachen vernichtet.

Auf der anderen Seite braucht die Ursache für eine sogenannte positive Vertragsverletzung des Schuldners nicht immer auf seinem positiven Verhalten zu beruhen. So z. B., wenn er es unterläßt, über einem Luftschachte, über den die Besucher sein Theater betreten, Schutzgitter anzubringen und diese ausreichend zu befestigen (RG

in DJZ 1907 S. 481) oder wenn der Vermieter Schutzmaßnahmen zur Abwendung von Einbruchsgefahr unterläßt (Oertmann II 1 zu § 280 III oder wenn der Eigentümer eines Schleppdampfers dem Gläubiger nicht anzeigt, daß der Dampfer am Nachmittage vor dem Leistungstage gestrandet und unbrauchbar geworden sei (OLG Hamburg Seuff. Arch. 56/392).

Auch die Benennung als „Vertragsverletzung" ist mehrfach angegriffen worden. Da die willkürliche Verletzung eines gültig zustande gekommenen Vertrages durch die eine Vertragspartei dem Bürgerlichen Rechte unbekannt ist, kann immer nur die Verletzung der sich aus dem Vertrage ergebenden Vertragspflichten in Frage kommen.

So auch: Planck-Siber II 1 Vorbem. zu §§ 275 ff. 3 a S. 183,
Siber Dogm. Jhrb. 50 S. 201.

Der Name „Vertragsverletzung" ist mithin irreführend und dogmatisch falsch.

Richtiger würde dann schon die Bezeichnung „Vertragspflichtverletzung" sein. Da aber nicht nur Pflichten aus Verträgen, sondern auch aus einseitigen Schuldverhältnissen (z. B. Vermächtnissen und ferner aus gesetzlichen Schuldverhältnissen unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung u. a.) verletzt werden können, ist auch diese Bezeichnung zu eng.

Aus diesen Erwägungen heraus haben einige Schriftsteller andere Namen vorgeschlagen. Enneccerus will den Namen „positive Forderungsverletzung" angewendet wissen (II 1 § 278 II S. 177). Aber auch diesem Namen steht das Bedenken entgegen, daß der Bestandteil „positiv" zu Irrtümern Anlaß geben kann.

Zitelmann (Festgabe S. 282) gebraucht den Ausdruck „Schlechterfüllung", den auch R. Schmidt in seinem Lehrbuche S. 175 § 70 verwendet; ebenso Oertmann II 1 § 280 II S. 180.

Aber auch dieser Name trifft nicht alle Fälle, die unter den Begriff der „positiven Vertragsverletzung" gerechnet werden. Er versagt in dem von Planck-Siber II 1 S. 186 mitgeteilten Falle, in dem ein Maler, der die Decke streichen soll, diese Arbeit zwar tadellos ausführt, aber gleichzeitig den Sessel, den Schreibtisch und andere Möbel, die er nicht ordentlich zugedeckt hatte, bekleckst. Hier ist die eigentliche Leistung tadellos erfüllt, da die Decke in strahlender Farbe prangt; die Pflichtverletzung liegt in der gleichzeitigen Beschädigung anderer Sachen.

Die Bezeichnung „positive Vertragsverletzung" hat sich jedoch in der übrigen Literatur und in der Praxis derart eingebürgert und ist zu einem so fest umrissenen Begriffe geworden, daß ich sie künftig gleichfalls verwenden werde, ohne jedoch ihrer systematischen Ungenauigkeit irgendwelche Konzessionen zu machen.

Aber auch in sachlicher Beziehung ist der von Staub herausgestellte Begriff der „positiven Vertragsverletzung" von der herrschenden Lehre mehrfachen Angriffen ausgesetzt gewesen.

Staub unterscheidet zwei Fälle:

1. Jemand tut, was er unterlassen soll,
2. Jemand bewirkt eine Leistung, die er zu bewirken hat, zwar, aber fehlerhaft.

Von diesen beiden Fällen wird heute nur noch der zweite ins Gebiet der „positiven Vertragsverletzung" gerechnet, während der erste als durch den Begriff der Unmöglichkeit geregelt angesehen wird.

Als erster hat Kipp (DJZ 1903 S. 253 ff.) dies erkannt und ausgeführt. Seine Beweisführung geht dahin, daß im ersten Falle ein Verhalten vorliege, das gegen eine Unterlassungspflicht verstoße. Durch diese Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht wird die Erfüllung der Verpflichtung, nicht gegen sie zu verstoßen, unmöglich, sodaß § 280 BGB unmittelbar anwendbar wird.

Staub-Müller versuchen ihre Ansicht (S. 34) mit der von ihnen allerdings nicht bewiesenen Behauptung zu stützen, daß § 280 BGB nur die Fälle positiver Leistungspflicht träfe, und weisen darauf hin, daß es unnatürlich sei, zu sagen, daß „Begehung der Zuwiderhandlung Unmöglichkeit der Nichtbegehung bewirke" (Staub-M. S. 9).

Unterstützt wird diese Ansicht nur von Krückmann (Dogm. Jhrb. 59 S. 344 ff.) mit der Begründung, daß der Gläubiger seinen Anspruch nicht darauf gründe, daß der Schuldner die Erfüllung durch Nichtleistung unmöglich gemacht habe, sondern darauf, daß er durch die Leistung oder Handlung dem Gläubiger einen Schaden zugefügt habe.

Diese beiden Ansichten erscheinen in der Tat verfehlt. Die Fragestellung Staubs ist unrichtig, da es gleichgültig ist, ob jemand, der gegen eine Unterlassungspflicht verstößt, die geschehene Pflichtverletzung ungeschehen machen kann oder nicht. Die Erfüllung dieser Verbindlichkeit war möglich, solange der Schuldner ihr nicht zuwiderhandelte. Erst im Augenblicke der Zuwiderhandlung wurde sie unmöglich.

Gegen die Ansicht Krückmanns ist einzuwenden, daß die Zufügung des Schadens nur ein Teil des Tatbestandes ist, der die Entstehung einer Schadensersatzpflicht als Rechtsfolge nach sich zieht, und daß immer noch als weiteres Tatbestandsmerkmal der Verstoß gegen irgend eine Pflicht hinzukommen muß (vergl. unten S. 32 ff.). Im übrigen ist es regelmäßig gleichgültig, worauf der Gläubiger seine Ansprüche stützt. Selbst wenn er bei der Geltendmachung von Ansprüchen andere rechtliche Gesichtspunkte im Auge hat, wird dadurch der wissenschaftlich arbeitende Richter der Notwendigkeit nicht überhoben, auf die nach dem System des geltenden Rechtes einzig möglichen Grundlagen zurückzugehen.

So steht denn auch die überwiegende Meinung auf dem Standpunkte, daß der erste von Staub unter den Begriff der „positiven Vertragsverletzung" gerechnete Fall mit § 280 BGB unmittelbar zu lösen ist. Vergl. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 243; ders. Arch. f. z. Pr. S. 73 ff. Lesser S. 4,6, 10; Rogowski Arch. f. z. Pr. 104

S. 327 ff. Zittelmann, Festgabe S. 270; Oertmann III § 280 III S. 181. Planck-Siber II 1 S. 185; Siber Dogm. J. 50 S. 184 ff. Enneccerus I 2 § 278 S. 176; RG in RGE 54/287.

Daneben behaupten einige Schriftsteller, daß Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten nach § 284 BGB zum Schadensersatze verpflichteten. So Golde Arch. f. z. Pr. 99 S. 306.

Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn der Inhalt der Unterlassungspflicht ein anderer als der gewöhnliche ist, wenn nämlich der Schuldner z. B. verpflichtet ist, innerhalb gewisser dem Anfangstermine nach nicht bestimmter Zeit etwas zu unterlassen. In diesem Falle wird Zuwiderhandeln gegen diese Unterlassungspflicht erst dann zu einer Pflichtverletzung, wenn der Gläubiger einen Anfangstermin für die Schuld durch Mahnung gesetzt hat. So: Zitelmann, Festgabe S. 272; Makower HGB II S. 1175 zu §§ 375, 376.

Wenn Golde a. a. O. behauptet, dieser Fall läge bei Unterlassungspflichten immer vor, da für Unterlassungspflichten immer ein Leistungszeitraum oder ein Leistungszeitpunkt bestimmt sein müsse, dann ist dieser Satz mit den genannten Schriftstellern abzulehnen.

Im übrigen kommt es auf die Entscheidung dieser Frage hier nicht so sehr an, da im Rahmen der vorliegenden Erörterungen die Feststellung genügt, daß Verstöße gegen Unterlassungspflichten durch ausdrückliche Vorschriften des BGB geregelt, und daher nicht in den Rahmen der „positiven Vertragsverletzungen" zu rechnen sind.

Von dem Staubschen Begriffe der „positiven Vertragsverletzung" bleibt mithin nur der zweite Fall zur Erörterung: „Jemand bewirkt eine Leistung, die er zu bewirken hat, zwar, aber fehlerhaft". Von den oben auf den Seiten 5/6 angeführten Beispielen Staubs fallen also nur Nr. 2, 3, 6, 7, 8, 9 unter den Begriff der „positiven Vertragsverletzung" im Sinne der herrschenden Lehre.

Eine genaue und für alle Fälle gültige Definition dieses Begriffes ist bei den Vertretern der herrschenden Lehre nicht zu finden. In der Tat erscheint es auch kaum möglich, einen Begriff zu definieren, der eine derartige Mannigfaltigkeit von Lebensverhältnissen betrifft.

Das Reichsgericht hat ihn bei Gruchot 65/221 wie folgt bestimmt: „Eine positive Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger durch schuldhafte Verletzung der Leistungspflicht einen über dessen Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden verursacht; oder wenn durch Verletzung der Vertragspflicht der Vertragszweck bei dauernden Schuldverhältnissen derart gefährdet wird, daß dem vertragstreuen Teile die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann". Vergl. auch RGRKomm zu § 276 Nr. 6.

Faßt man den Staubschen Begriff des „fehlerhaften Bewirkens" sehr weit, dann kommen beide Definitionen einander nahe.

Da es überaus schwierig ist, einen Begriff einwandfrei und klar zu definieren, der so mannigfache Erscheinungsformen des täglichen Lebens umfassen soll, begnügen sich manche Schriftsteller mit der negativen Definition, positive Vertragsverletzung sei jede schuldhafte Verletzung einer schuldrechtlichen Pflicht, die im BGB weder unter § 280 noch unter § 286 falle. So insbesondere Staudinger a. a. O. S. 274 ff., Enneccerus a. a. O. S. 175.

Aus diesen Begriffsbestimmungen der herrschenden Lehre, die sachlich einander im wesentlichen decken, folgt, daß auch die ernstliche Erklärung, nicht oder nicht vertragsmäßig erfüllen zu wollen oder zu können, die ernstliche Lossage vom Vertrage und seinen Pflichten, unter den Begriff der positiven Vertragsverletzung gerechnet werden muß.

Eine abweichende Ansicht vertritt Lesser (S. 74/5). Er meint, daß ein solches Verhalten des Schuldners, zu dem nicht noch tatenloses Verstreichenlassen des Fälligkeitstermins oder einer Nachfrist hinzuzukommen brauche, nicht als positive Vertragsverletzung anzusehen sei, sondern einen weiteren selbständigen Fall schuldhafter Verletzung von Vertragspflichten darstelle.

Die Definition Staubs trifft diese Fälle zwar nicht, da der Schuldner ja überhaupt nicht erfüllt hat, also auch nicht fehlerhaft. Staub rechnet dieses Verhalten des Schuldners jedoch gleichfalls zu den positiven Vertragsverletzungen (Staub-Müller S. 59).

Auch die herrschende Meinung sieht es als positive Vertragsverletzung an, da der Schuldner einer Verpflichtung zuwiderhandelt, ohne daß Verzug oder Unmöglichkeit vorliegt.

## 2. Die Begründung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung in der bisherigen Lehre.

Nachdem in den bisherigen Ausführungen der Begriff der positiven Vertragsverletzung, wie er von allen Schriftstellern herausgearbeitet ist, die seine Notwendigkeit bejahen, untersucht und festgestellt worden ist, kann nun in eine Würdigung der Ausführungen eingetreten werden, die von diesen Schriftstellern zu seiner rechtlichen Begründung gemacht worden sind.

Zuvor sollen jedoch einige Ansichten erörtert werden, die zu einer Verneinung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung gelangt sind.

### a) Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung entbehrlich, weil andere im Gesetze ausdrücklich geregelte Rechtsbehelfe eingreifen?

Die Behauptung, der Begriff der positiven Vertragsverletzung sei nicht erforderlich, weil andere im Gesetze ausdrücklich geregelten Rechtsbehelfe einen genügenden Rechtsschutz für den Gläubiger ge-

währleisteten, ist nur selten und nur zu Beginn der Entwicklung der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen aufgestellt worden.

Die Rechtsbehelfe, um die es sich in diesem Zusammenhange handelt, sind einmal die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht bei dem Kauf, der Miete und dem Werkvertrage und andererseits die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen.

Die Ansicht, daß der Käufer im Falle einer positiven Vertragsverletzung nur die Rechte aus §§ 459 ff. habe, ist nur von Dernburg (a. a. O. S. 4 f.) aufgestellt worden. Sie ist mit Staub-Müller S. 32 abzulehnen.

Nach § 459 in Verbindung mit § 462 BGB kann der Käufer einer mangelhaften Sache Rückgängigmachung des Kaufvertrages (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen. Da auf die Wandelung nach § 467 BGB die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung finden, kann der Käufer nach § 346 BGB vom Verkäufer die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen; wenn der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, erlischt die Verbindlichkeit des Käufers. Hat der Käufer außerdem einen Schaden erlitten, zum Beispiel der Apfelkäufer in dem Staubschen Beispiele Nr. 7 (oben Seite 3), dessen gesunde Aepfel durch die wurmstichigen des Verkäufers angesteckt worden sind, dann kann er nach diesen Vorschriften keinen Schadensersatz verlangen. Denn auch die Vorschrift des § 347 BGB, die auf die §§ 986 ff., also auch § 987 BGB verweist, gibt dem Käufer keinen Anspruch auf Ersatz des durch die Ansteckung entstandenen Schadens. Einmal trifft die Haftung nach den §§ 347, 987 BGB ja nur ihn selbst, da ja er allein nach dem von ihm erklärten Rücktritt Sachen zurückzugewähren hat; andererseits würde sich diese Haftung auch nur auf die im Rahmen des Schuldverhältnisses gelieferten Sachen beziehen, während ein Ersatzanspruch wegen der infolge der schlechten Lieferung eingetretenen Beschädigung der übrigen Sachen des Käufers niemals aus den Vorschriften der §§ 347, 987 BGB hergeleitet werden kann.

Dazu kommt, daß eine Haftung wegen schuldhafter Vertragsverletzung durch die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB systematisch nicht ausgeschlossen wird. Vertragsverletzungen und Gewährleistung beruhen auf ganz verschiedenen Rechtsgründen. Die Rechte des Käufers aus § 462 BGB beruhen lediglich auf objektiven Mängeln der Ware ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Verkäufers, während die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung auf schuldhafter Zuwiderhandlung gegen vertragliche Pflichten beruhen. Dieser Ansicht ist auch die herrschende Meinung: Staub-Müller S. 32; RG in RGE 52/19, 53/202 u. a.

Daraus folgt, daß eine Haftung des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung neben der wegen Sachmängel sowohl aus praktischen Gründen erforderlich als auch aus systematischen Gründen möglich ist.

Dasselbe gilt von der Regelung der Sachmängelhaftung im

Rechte der Miete und des Werkvertrages. Auch diese Regelung gibt dem Gläubiger auf Grund der Sachmängel nur das Recht auf Minderung des Mietzinses oder Wandelung oder Minderung des Werklohnes (§§ 537, 634 BGB.). Darüber hinaus kann der Gläubiger jedoch auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen in den Fällen der §§ 538, 635 BGB. Von der Vorschrift des § 538 BGB interessiert in diesem Zusammenhange nur der Fall, daß ein Mangel im Sinne von § 537 entsteht infolge eines Umstandes, den der Vermieder zu vertreten hat. Dann kann der Mieter nach § 538 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dieser Schadensersatzanspruch umfaßt jedoch nur das Interesse des Mieters am Vertrag, nicht dagegen auch den ihm sonst noch entstandenen Schaden. Der Mieter kann auf Grund dieser Vorschrift nur den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entstanden ist, daß er die gemietete Sache entbehren mußte, nicht aber den weiter gehenden Schaden.

So die überwiegende Meinung:

Oertmann II 2 § 538 1 S. 754 (5. Aufl.), Leonhard Verschulden beim Vertragsschluß S. 17, Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 139.

Anderer Ansicht: Planck II 2 S. 814 Bem. 3 zu 538 und das Reichsgericht z. B. in RGE 81/200.

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da der Wortlaut und die Zweckbestimmung des § 538 BGB es nicht zulassen, den Vermieter auch für die weitergehenden Schäden haftbar zu machen. Es wäre, wie Leonhard a. a. O. richtig ausführt, geradezu unbegreiflich, wenn der Vermieter eines ungesunden Hauses für allen Schaden an Gesundheit und Möbeln des Mieters aufzukommen hätte, obwohl er völlig schuldlos ist. Der erste der in § 538 geregelten Fälle aber läßt eine Schadensersatzpflicht auch ohne Verschulden eintreten; wenn der Vermieter also in diesem Falle nur für den Schaden einzutreten hat, der dadurch entstanden ist, daß der Mieter die Sache nicht benutzen konnte, muß auch dies in dem zweiten Falle gelten. Es geht nicht an, anzunehmen, daß der Umfang des Schadensersatzes in der gleichen Vorschrift verschieden normiert werden sollte. Daß auch hier ein weitergehender Schaden aus dem Gesichtspunkte der positiven Vertragsverletzung verlangt werden muß, hat Oertmann a. a. O. richtig hervorgehoben.

Auch die Vorschrift des § 635 BGB kann eine Haftung wegen positiver Vertragsverletzung nicht ersetzen, da auch sie nur einen begrenzten Schadensersatzanspruch gibt. Regelmäßig kann der Besteller nur Ersatz des gerade durch die mangelhafte Leistung entstandenen Schadens verlangen. So übereinstimmend: Oertmann 2 a zu § 635 S. 975, Staudinger Bem. 1 b S. 965 (9. Aufl.), OLG Braunschweig, Recht 1906 Nr. 2095.

Eine abweichende Ansicht ergibt sich auch aus der Reichsgerichtsentscheidung in RGE 58/180 nicht, wie Oertmann anzunehmen scheint. Das Reichsgericht, das diese Frage im übrigen nur nebenbei erwähnt, hat zu ihr in keiner Weise Stellung genommen.

Aus den Ausführungen ergibt sich, daß die Vorschriften über die Sachmängelhaftung beim Kaufe, der Miete und dem Werkvertrage die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung nicht entbehrlich machen können.

Dazu kommt, daß vielfach in den Fällen positiver Vertragsverletzungen irgendwelche Mängel der eigentlichen Leistung nicht vorhanden sind, daß nur anläßlich der Leistung dem Gläubiger ein Schaden zugefügt wird, so z. B. in dem von Planck genannten Beispiele, in dem der Maler die Decke tadellos streicht, aber gleichzeitig die Möbel beschmiert (oben Seite 4). In diesem Falle können die Vorschriften über Sachmängel überhaupt keine Anwendung finden.

Die Ansicht, daß die Vorschriften der §§ 823 ff. BGB in den Fällen der positiven Vertragsverletzungen dem Gläubiger einen ausreichenden Schutz gewähren, ist nur selten vertreten worden. Von den bei Staub-Müller S. 37 angeführten Literaturstellen enthalten die folgenden nur den Hinweis darauf, daß beide Haftungen nebeneinander gegeben sein können: Kipp DJZ 1903 S. 256; Rogowski a. a. O. S. 330/1; Düringer-Hachenburg 3. Bd. S. 202. Wenn Staub-Müller daraus herauslesen wollen, daß die Haftung wegen unerlaubter Handlung die wegen positiver Vertragsverletzung ersetzen könne, so irren sie, wie schon Lesser S. 30/31 hervorgehoben hat.

Eine dahin gehende Ansicht ist nur von Werner (Recht 1903 S. 308) vertreten worden. Dieser hat den Satz aufgestellt, eine Haftung aus § 823 BGB reiche beim Kaufe aus. Aber schon die Einschränkung Werners „beim Kaufe" zeigt, daß § 823 BGB eben nicht alle Fälle positiver Vertragsverletzungen treffen kann. Ueberdies braucht der Tatbestand des § 823 BGB auch beim Kaufvertrage nicht immer gegeben zu sein. In einer Reihe von Fällen ist § 823 BGB neben der Haftung wegen positiver Vertragsverletzung anwendbar, nämlich immer dann, wenn die Verletzung einer Vertragspflicht gleichzeitig die eines absoluten Rechtes oder eines der im § 823 geschützten Rechtsgüter enthält oder sich als Verstoß gegen ein Schutzgesetz darstellt. Dies in in den Beispielen Staubs der Fall z. B. bei Nr. 2, wenn der explosionsgefährliche Leuchtstoff Sachen des Käufers zerstört, oder bei Nr. 7, wenn die schlechten Aepfel die guten anstecken, oder in dem Beispiel Plancks, wenn der Maler die Möbel bekleckst, oder in dem Beispiel Lehmanns (Arch. f. z. Pr. 96 S. 80), wenn der kranke Stier die Kühe ansteckt.

In den meisten Fällen positiver Vertragsverletzungen (z. B. allen anderen Beispielen Staubs) richtet sich die Verletzung jedoch nur gegen das Vermögen des Gläubigers. Da dieses jedoch als solches kein Recht im Sinne von § 823 Abs. I BGB, insbesondere kein sonstiges Recht, ist, genießt es auch nicht den Schutz von § 823 Abs. I. So die weitaus herrschende Meinung: RG in RGE 58/28, 64/345; RGRKomm S. 561; Enneccerus I 2 S. 668; R. Schmidt, Lehrbuch S. 285 u. a. Abweichender Ansicht:

v. Lißt, Deliktsobligationen S. 26, der behauptet, § 823 Abs. I

beziehe sich auf jedes rechtlich geschütztes Interesse. Ebenso Staudinger II. Bd. (7/8. Aufl. von 1918), S. 391, wo § 823 Abs. I auf einen Fall angewandt wird, der ohne Zweifel nur die Verletzung des Vermögens darstellt und vom Reichsgericht in RGE 73/317 entschieden ist: Der eine Teil eines Schuldverhältnisses ermöglichte fahrlässig die Fälschung von Quittungsformularen (des anderen Teiles), indem er sie herumliegen ließ. Der andere Teil erlitt dadurch einen Schaden, daß er an den Fälscher ohne befreiende Wirkung zahlte.

Die Verletzung eines Schutzgesetzes ist in den Fällen positiver Vertragsverletzungen auch nicht immer gegeben, sodaß § 823 Abs. II BGB nur selten anwendbar ist. Schutzgesetze sind zwar auch die Normen des BGB. „Diese Auffassung darf jedoch nicht dazu führen, schon die Normen, die erst ein subjektives Recht statuieren, hierher zu rechnen; denn sonst hätte Abs. I überhaupt keine selbständige Bedeutung mehr". So Lehmann (Arch. f. z. Pr. 96/78); ebenso Staub-Müller S. 39.

Ferner werden die Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB, der allerdings die Vermögensbeschädigung regelt, nur in den wenigsten Fällen positiver Vertragsverletzungen vorliegen, da § 826 BGB erstens Vorsatz verlangt, fahrlässige Vertragsverletzungen also schon nicht mitumfaßt, und ferner einen Verstoß gegen die guten Sitten zur Voraussetzung hat.

Ergibt sich also aus den bisherigen Erörterungen, daß die Haftung ex delicto rein tatbestandsmäßig schon nicht in allen Fällen positiver Vertragsverletzung gegeben ist, so ist außerdem anerkannten Rechtes, daß sie in den Fällen, in denen sie mit der Vertragshaftung zusammentrifft, diese begrifflich nicht ausschließt. Beide Haftungen sind vielmehr nebeneinander gegeben.

So die herrschende und unbestrittene Meinung: Reichsgericht in RGE 88/317, 88/433; Enneccerus I 2 § 449 II S. 658; Planck II 2 Vorbem. 5 b vor § 823 S. 1707; Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 181; Lent S. 284; V, Lißt Deliktsobligationen S. 11/12.

Daß die Deliktshaftung auch neben Haftung aus positiver Vertragsverletzung gegeben ist, heben Schmidt a. a. O. S. 180 und Lent S. 279 noch besonders hervor. Dazu kommt noch, daß die Vertragshaftung auch aus rechtpolitischen Gründen nicht entbehrt werden kann. Bei einer Haftung ex delicto würde der Schuldner nämlich die Möglichkeit haben, sich vor einer Haftung für Handlungen seiner Angestellten dadurch zu bewahren, daß er den ihm nach § 831 BGB vorbehaltenen Exkulpationsbeweis antritt, während er bei einer vertraglichen Haftung für Verschulden seiner Angestellten ohne die Möglichkeit der Exkulpation nach § 278 einzutreten hat. In Großhandel und Großindustrie, wo fast immer Angestellte an Stelle des Schuldners handelnd aufzutreten pflegen, würde mithin die Haftung des Schuldners, wie Staub-Müller S. 30 betonen, fast immer fortfallen, wenn sie nur auf Delikt gestützt werden könnte.

Daß die Vertragshaftung dem Gläubiger auch in den Rechts-

folgen Vorteile vor der Deliktshaftung bietet, sei nur nebenher erwähnt; diese sind: längere Verjährungsfrist (§§ 195–852), ferner die Beweislastverteilung (§§ 282, 285 BGB), über die unten noch zu handeln sein wird.

Nachdem die bisherigen Erörterungen zu dem Ergebnis geführt haben, daß die oben Seite 7 aufgeworfene Frage nach der Entbehrlichkeit des Begriffes der positiven Vertragsverletzung in verneinendem Sinne beantwortet werden muß, kann in die Würdigung der rechtlichen Begründung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung eingetreten werden. Ausgangspunkt bei diesen Untersuchungen ist die Unterstellung, daß der Begriff der positiven Vertragsverletzung wirklich erforderlich ist. Ob und wieweit dies der Fall ist, soll erst im zweiten Teile der vorliegenden Arbeit untersucht werden (vergl. oben Seite 1).

### b) Die Begründung mit § 276 BGB.

„Die einfachste Theorie, die dem Juristen im Gefühle liegt, ist die: nach § 276 BGB habe der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten; das bedeute, wer seine Pflichten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, hat dem anderen Schadensersatz zu leisten". Staub-Müller S. 7.

Der erste Vertreter dieser Ansicht war Crome (System Bd. 2 S. 65) mit der Begründung, der Inhalt der Verpflichtung beschränke sich meist darauf, daß ein gewisses Maß von Sorgfalt auf die Erfüllung verwendet werde, ihre Außerachtlassung mache also schadensersatzpflichtig. Obwohl Staub diese Ansicht bekämpft und widerlegt hat, ist sie doch zur in der Praxis herrschenden geworden. Besonders das Reichsgericht hat sich ihr in fast ständiger Rechtsprechung angeschlossen (RG in RGE 52/19; 53/202; 66/291; 68/194; 73/347; 106/25 und vielen anderen).

In der Entscheidung in RGE 52/19 führt das Reichsgericht aus: „Es kann ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden, wenn die eine Vertragspartei in schuldhafter Weise ihre Vertragspflicht verletzt und hierdurch dem anderen Kontrahenten einen Schaden verursacht. Es folgt dies aus § 276 BGB. Denn, hat hiernach der Schuldner, sofern nichts anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, so kann mangels anderweiter Vorschrift diese Vertretungspflicht gegenüber dem anderen Teile nur in der Weise verwirklicht werden, daß der Schuldner den Schaden ersetzt, der durch sein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten der anderen Partei erwachsen ist. Wollte man diesen Schluß nicht zulassen, so würde der einen allgemeinen Grundsatz aussprechende § 276 BGB erheblich an Bedeutung verlieren, was nicht als vom Gesetze gewollt angesehen werden kann".

In der Entscheidung in RGE 53 202 gibt das Reichsgericht zunächst zu, daß ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß durch schuldhafte Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit die Ver-

pflichtung zur Leistung von Schadensersatz begründet werde, im BGB und insbesondere in § 276 ausdrücklich nicht aufgestellt sei. Es fährt jedoch dann fort, daß dieser Satz sich aus der Vorschrift des § 276 BGB und den mehrfachen Bestimmungen über eine Haftung des Schuldners auf Ersatz der durch schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit verursachten Beschädigung ergebe.

Bei beiden Entscheidungen stimmen also zwar im Endergebnis, nicht aber in der Begründung überein. In den Entscheidungen in RGE 66/291, 68/194, 73/347, 106/25, JW 12/743 schließt sich das Reichsgericht wieder der in RGE 52/19 geäußerten Ansicht an, daß § 276 BGB unmittelbar eine Schadensersatzpflicht konstatiere.

Diese Ansicht des Reichsgerichts wird von einer Reihe von Schriftstellern geteilt. So von: Dernburg DJZ 1903 S. 3; RGRKomm. zu § 276 Nr. 2; Krückmann Dogm. Jhrb. 59/352; Leonhard bei Eck § 55 Anm. 2 und § 56 Anm. 2 S. 271, 281; Düringer-Hachenburg S. 265.

Düringer-Hachenburg geben a. a. O. zwar zu, daß § 276 BGB rein wörtlich genommen von einer Schadensersatzpflicht nichts sage. Wenn es aber heiße, der Schuldner habe Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, so könne das nur bedeuten, er sei verantwortlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Im gleichen Sinne mit „verantworten" werde der Ausdruck „vertreten" auch in den §§ 823 ff. gebraucht; wenn diese in § 276 BGB bestimmte Verantwortlichkeit überhaupt einen Sinn haben solle, dann könne es nur der der Schadensersatzpflicht sein. Man könne nicht annehmen, daß das Gesetz eine Verantwortlichkeit zwar normiere, ihr aber keinen Inhalt verleihe; dies verstieße gegen die Systematik des BGB.

Auch Staudinger behauptet (9. Aufl. S. 283), § 276 enthalte den allgemeinen Grundsatz, daß der Schuldner jede schuldhafte Verletzung zu vertreten habe. Das „Wie" des Vertretenmüssens stehe zwar nicht in § 276 BGB. als selbstverständlich müsse aber gelten, daß der Schuldner Schadensersatz zu leisten habe. Denn das sei der einzige Sinn, der mit dem Worte „Vertretenmüssen" verbunden werden könne.

Für die Ansicht des Reichsgerichts vergl. ferner: Soergel § 276 S. 542; Rosenthal § 276 II S. 88; Hesse S. 30.

Am schärfsten hat sich für die Theorie des Reichsgerichts Krückmann eingesetzt. Er gibt zwar zu, daß die Gesetzesredaktoren des BGB diesen allgemeinen Satz in § 276 vielleicht nicht hineinlegen wollten, behauptet dann jedoch, daß durch Gerichtsgebrauch, nämlich durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der teilweise folgenden Instanzgerichte, § 276 einen anderen Sinn bekommen habe, eben den, den das Reichsgericht jetzt mit ihm verbinde (Dogm. Jhrb. 59 S. 352 f.). Die Gegner der Ansicht des Reichsgerichts argumentierten vom Standpunkte des 1. Januar 1900, während Krückmann vom Standpunkte des Jahres 1911 folgern zu dürfen glaubt, daß § 276 BGB inzwischen durch die Praxis und die ihr zum Teil beipflichtende Theorie einen Bedeutungswandel durchgemacht habe.

Gegen diese Theorie sind viele Einwände erhoben worden. Daß sie tatsächlich auch nicht haltbar ist, zeigen schon die letzten Ausführungen Krückmanns, aus denen mit Deutlichkeit hervorgeht, daß man hier doch etwas gewaltsam mit dem Gesetzestexte verfahren ist und in das Gesetz Dinge hineinzupressen sucht, die darin nicht enthalten sind.

Gegen die Begründung von Düringer-Hachenburg spricht, daß „vertretenmüssen" nicht schlechthin identisch ist mit „Schadensersatz leistenmüssen". Denn selbst wenn in den §§ 823 ff. im gleichen Sinne mit „verantworten" auch der Ausdruck „vertretenmüssen" gebraucht wird, so beweist das noch nicht, daß „vertretenmüssen" identisch ist mit „schadensersatzleistenmüssen". Im übrigen wird z. B. in den §§ 460 bis 462 BGB „vertretenmüssen" in einem Sinne gebraucht, der bestimmt nichts mit einer Schadensersatzpflicht zu tun hat (vergl. Enneccerus I 2 S. 177; Kipp a. a. O. S. 254).

Es taucht ferner die Frage auf, wie § 276 in seiner Bedeutung, die ihm das Reichsgericht beilegt, sich zu den Vorschriften der §§ 280, 286, 321 bis 326 BGB verhält. In diesen Vorschriften hat das Gesetz den Inhalt der Vertretungspflicht, die Rechtsfolgen der Verantwortlichkeit in mehreren verschiedenen Tatbestanden — Unmöglichkeit, Teilungsmöglichkeit, Verzug — normiert. Wenn § 276 schon den Satz enthalten würde, daß schuldhafte Vertragsverletzungen allgemein zum Schadensersatze verpflichten, dann wäre es unverständlich, wozu die §§ 280, 286, 321 bis 326 noch im BGB enthalten sind. Sie wären vielmehr überflüssig und enthielten sinnlose Tautologien, wenn die Schadensersatzpflicht schon in § 276 normiert wäre. So: Staub-Müller S. 7, 29; Enneccerus § 278; Lehmann Arch. f. z. Pr. 96/82; Kipp DJZ 03/253; Siber Dogm. Jhrb. 50/195.

Diese Schwierigkeit gibt auch Leonhard bei Eck S. 281 Anm. 2 zu; er tröstet sich jedoch mit dem Sprichwort: „Doppelt hält besser", während Krückmann (Arch. f. z. Pr. 101/196) diese Unstimmigkeit historisch zu erklären und als versehentliche Wiederholung hinzustellen sucht.

Schon aus diesen Ausführungen der beiden letztgenannten Schriftsteller ergibt sich, daß die ganze Lehre haltlos sein muß. Zuerst wird in ihr behauptet, daß das BGB in seiner Systematik so genau sei, daß das bloße Normieren einer Verantwortlichkeit ohne Inhalt in § 276 undenkbar sei. Um dann aber die sich ergebenden Zweifel zu beseitigen, wird kurz hinter der Hervorhebung der genauen Systematik des Gesetzes behauptet, es sei versehentlich falsch gefaßt und wiederhole sich ohne Grund. Und das von einem Gesetze, das erst kurz vorher nach jahrzehntelanger Arbeit mit einem ungeheuren Aufwande an wissenschaftlichem Scharfsinn und gelehrtem Apparat zustande gekommen war!

Zur Widerlegung der Lehre des Reichsgerichts muß auf den eigentlichen Sinn und Zweck von § 276 BGB eingegangen werden. Zu

diesem Zwecke ist eine Erörterung des Tatbestandes der Verletzung einer schuldrechtlichen Pflicht notwendig.

Der Tatbestand einer schuldrechtlichen Pflichtverletzung ist ähnlich aufgebaut wie der einer unerlaubten Handlung oder der einer strafbaren Handlung. Alle diese Tatbestände zerfallen in einen äußeren und in einen inneren Tatbestand. Während der äußere Tatbestand die Verletzung einer Schuldpflicht oder eines absoluten Rechtes oder einer strafrechtlichen Norm enthält, umfaßt der innere Tatbestand die Schuld des Täters, das heißt die vorwerfbare seelische Beziehung des Täters zu seiner Tat.

Auf den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung soll nicht näher eingegangen werden.

Der äußere Tatbestand einer unerlaubten Handlung kann z. B. sein die Verletzung des Eigentums eines anderen oder dessen Körpers, der innere Tatbestand umfaßt dann entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Erst wenn beide Teile zusammentreffen, liegt ein Delikt vor. Gibt jemand zwar fahrlässig an einem belebten Orte einen Schuß ab, der jedoch niemand trifft, dann liegt ein Delikt nicht vor, da kein Rechtsgut oder absolutes Recht verletzt ist, der äußere Tatbestand also nicht völlig gegeben ist. Ebensowenig liegt eine unerlaubte Handlung dann vor, wenn zwar ein Recht verletzt wird, den Täter aber keine Schuld trifft, da kann der innere Tatbestand nicht gegeben ist. Diesen inneren Tatbestand nennt das Gesetz „verantwortlich sein“ (§§ 827; 828 BGB).

Genau ebenso ist es bei den Verletzungen schuldrechtlicher Pflichten.

Der äußere Tatbestand liegt hier in der Verletzung einer schuldrechtlichen Pflicht, sei es nun, daß deren Erfüllung (ganz oder teilweise) endgültig unmöglich wird, oder sei es, daß sie zwar noch erfüllt werden kann, die Erfüllung aber nach vorausgegangener Mahnung nicht erfolgt ist, oder sei es, daß ein Fall positiver Vertragsverletzung in dem oben dargelegten Sinne vorliegt, sofern man — wie in diesem Teile der Arbeit — diesen Begriff voll anerkennt. Zu dieser äußeren Seite muß die innere kommen: der Schuldner muß den äußeren Tatbestand zu vertreten haben. Dies ist der Fall, wenn er selbst vorsätzlich oder fahrlässig handelte (§ 276 BGB) oder wenn er im Falle des § 599 BGB beispielsweise grobfahrlässig handelte, während er in diesem Falle leichte Fahrlässigkeit nicht zu vertreten haben würde, (§ 277 BGB.) oder wenn sein Erfüllungsgehilfe vorsätzlich oder fahrlässig handelte (§ 278 BGB) oder wenn er zwar schuldlos handelte, es sich aber um eine Gattungsschuld handelte (§ 279 BGB).

Erst wenn ein Fall des äußeren mit einem des inneren Tatbestandes zusammentrifft, liegt eine Verletzung einer schuldrechtlichen Pflicht vor. Der Schuldner haftet daher zum Beispiel dann nicht, wenn er nach erfolgter Mahnung zwar nicht leistet, der Verzug aber ohne sein Verschulden eingetreten ist, oder wenn die Er-

füllung einer Stückschuld ohne sein Verschulden unmöglich wird (ein Fall, der in § 275 BGB besonders geregelt worden ist).

Verzögert die Reichsbahn schuldhaft die Beförderung, tritt aber keine Ueberschreitung der Lieferfrist ein, dann liegt der äußere Tatbestand und damit eine schuldrechtliche Pflichtverletzung nicht vor. So das Reichsgericht in RGE 100/54. In dieser Entscheidung durchbricht das Reichsgericht seine sogenannte „ständige Rechtsprechung", indem es ausführt, wenn gesagt sei, der Schuldner habe für Vorsatz und Fahrlässigkeit aufzukommen, so sei damit nur der innere Tatbestand gemeint, der vorliegen müsse, wenn ein Ersatzanspruch entstehen solle. Damit gibt das Reichsgericht zu, daß „aufkommenmüssen" (= vertretenmüssen) noch nicht „schadensersatzleistenmüssen" bedeutet.

Daraus folgt, daß § 276 BGB gar keinen selbständigen Rechtsbefehl enthält. Er ist eben nur die Definition der civilrechtlichen Schuld. So: Staub-Müller S. 7; Enneccerus I 2 § 278 II 1a; Kipp a. a. O. S. 254; Lehmann Arch. f. z. Pr. 96/82; Rogowski Arch. f. z. Pr. 104/319 Anm. 28; Planck II 1 S. 217; v. Blume Dogm. Jahrb. 55/233. Jetzt auch Oertmann in der 5. Aufl. § 276 Bem. 4, während er in der 3./4. Aufl. noch die Ansicht des Reichsgerichts teilte.

Ferner: Lesser S. 30; Staub-Könige HGB zu § 347 Anm. 11; Siber Dogm. Jhrb. 50/99 mit folgender Begründung: Ein abstraktes Verbot von Vorsatz und Fahrlässigkeit sei inhaltslos, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht ein menschliches Verhalten, sondern Eigenschaften eines solchen sind. Aber nur ein konkretes Verhalten, nicht seine von ihm abstrahierten Eigenschaften können verboten werden und konkreten Rechtsfolgen wie der Schadensersatzpflicht als Grundlage dienen. Daher folgert Siber, daß § 276 BGB noch der Ergänzung in objektiver Beziehung durch eine Pflichtverletzung, also ein menschliches Verhalten, bedarf.

Aus den Untersuchungen hat sich ergeben, daß es nicht möglich ist, eine Haftung des Schuldners wegen positiver Vertragsverletzungen aus der Vorschrift des § 276 BGB herzuleiten.

Ebenso muß eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung daran scheitern, daß § 276 BGB als Definition der civilrechtlichen Schuld keinen höheren Rechtsgedanken enthält, der entsprechend angewandt werden könnte.

Vertreten worden ist diese Ansicht von: Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 265 und vom Reichsgericht in RGE 53/202, allerdings nicht deutlich und klar geschieden von der unmittelbaren Anwendung von § 276 BGB.

Daß die analoge Anwendung aus den oben ausgeführten Gründen nicht möglich ist, haben bereits Staub-Müller S. 31 nachgewiesen. Auch Enneccerus, der sich früher dafür eingesetzt hatte, hat in seinen neuesten Auflagen diesen Standpunkt verlassen und bekämpft ihn nunmehr (I 2 § 278 I 2 S. 177 f.).

c) Analogie aus den §§ 280, 284 ff. BGB.

Nach den Ausführungen unter b) steht fest, daß eine Herleitung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung aus § 276 weder unmittelbar noch mittelbar möglich ist. Für alle diejenigen Schriftsteller, die von dem Grundgedanken ausgehen, daß positive Vertragsverletzung die dritte mögliche Art schuldhafter Verletzung obligatorischer Pflichten darstellt -- und von diesem Grundgedanken gehen ja die gesamten Darlegungen des ersten Teiles der vorliegenden Arbeit aus —, kann dann kein Zweifel bestehen, daß keine ausdrückliche Vorschrift des BGB unmittelbar auf den Tatbestand der positiven Vertragsverletzung angewendet werden kann. Denn die §§ 280, 286 BGB scheiden nach dieser Auffassung aus, weil sie die beiden anderen Arten der Pflichtverletzungen, allerdings negativer Art, ausdrücklich behandeln und daher nicht zur Lösung von Fällen herangezogen werden können, die der Gesetzgeber entweder nicht regeln wollte, weil er sie durch die gegebenen Vorschriften erfaßt glaubte, oder die er zu regeln vergaß.

Für die Herleitung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung bleiben dann nur zwei Möglichkeiten: entweder die Analogie oder die freie Lückenausfüllung.

Ein genaues Eingehen auf den Begriff und das Wesen der Analogie, insbesondere auch auf die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie, soll erst im zweiten Teile der Arbeit erfolgen (vergl. unten Seite 55 ff.). In diesem Zusammenhange genügt die Feststellung, daß es sich bei der Analogie um die Anwendung eines Rechtssatzes, den das Gesetz für einen bestimmten Tatbestand aufstellt, auf einen anderen Tatbestand handelt, der mit dem ersten in juristisch relevanten Stücken übereinstimmt.

So bei: von Tuhr I Einleitung VIII S. 40 ff. Daß die Analogie im Gebiete des BGB zulässig ist, ist anerkannten Rechtes. Es folgt dies im übrigen schon aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches, das diesen Satz in § 1 des ersten Entwurfes ausdrücklich enthielt, ihn dann jedoch als selbstverständlich in seinen späteren Fassungen nicht mehr normierte. Vergl. Protokolle I S. 2; Motive I S. 15.

Hinsichtlich der Frage, welche Vorschriften auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen analog angewendet werden können, sind in der Hauptsache drei Ansichten vertreten worden:

einmal: analog anwendbar sei § 286 BGB,
ferner: analog anwendbar sei § 280 BGB,
und drittens: analog anwendbar seien die §§ 280, 286 BGB vereinigt.

Für eine analoge Anwendung des § 286 BGB auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung hat sich zuerst Staub eingesetzt mit folgender Begründung: Das schuldhafte Unterlassen der positiven Leistung verpflichtete zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens.

Ebenso müsse die schuldhaft mangelhafte Vertragserfüllung behandelt werden. Wenn der Schuldner gar nichts geleistet hätte, würde er nach erfolgter Mahnung gemäß § 286 BGB ersatzpflichtig sein; dasselbe müsse aber auch gelten, wenn er zwar leiste, aber mangelhaft. Die auf Grund des ganzen Sachverhaltes naheliegende und zwingende Analogie des § 286 BGB führe zur Annahme des Bestehens eines Rechtsgrundsatzes, daß derjenige, der eine Verbindlichkeit schuldhaft verletzt habe, dem anderen Teile den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen habe (Staub-Müller S. 14).

Gegen diese Ansicht Staubs ist eingewandt worden, daß die Analogie des Verzuges nicht naheliege. Die Folgen der positiven Vertragsverletzung seien keineswegs immer Verzugsfolgen; wenn gar nichts geleistet sei, dann sei zwar Verzug eingetreten, der Gläubiger habe aber keinen Anspruch auf Ersatz positiven Erfüllungsschadens (so Oertmann II 1 § 280 III S. 179).

Ebenso Lesser S. 31 mit der Begründung, bei Verzug handele es sich um den Schaden, der durch die Zuspätleistung entstehe, bei positiven Vertragsverletzungen um denjenigen, der aus der Mangelhaftigkeit der Leistung hervorgehe. Bei positiver Vertragsverletzung beruhe der Schaden in der Hauptsache nicht darauf, daß die vertragsmäßige Leistung nicht erfolgt sei; bei wirklichem Verzug wäre dieser Schaden gar nicht eingetreten. Ebenso Kipp a. a. O. S. 254; Lehmann Arch. f. z. Pr. 96/81. Es handele sich nämlich vor allem nicht um den Schaden, der darauf beruhe, daß die Leistung nicht vertragsmäßig war (z. B. der Käufer erzielt seinerseits einen geringeren Erlös oder kann seinen Verpflichtungen nicht gerecht werden), sondern um den Schaden, den die Mangelhaftigkeit der Ware noch außerdem verursacht (z. B. wenn die wurmstichigen Aepfel die gesunden des Käufers anstecken); hierfür fände sich kein Analogon beim Verzuge.

Hiergegen wenden Staub-Müller (S. 33) wiederum ein, der Schadensersatzanspruch gehe auf den dem § 286 BGB zugrunde liegenden Rechtsgrundsatz zurück, daß, wer eine Verbindlichkeit schuldhaft verletzt habe, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Für diesen Rechtsgrundsatz sei § 286 BGB aber nur eine Erkenntnisquelle.

Warum für diesen Rechtsgrundsatz jedoch nur § 286 BGB Erkenntnisquelle sein soll und nicht auch § 280 BGB, ist unverständlich. Denn wenn man schon die Ansicht vertritt, daß dieser Rechtsgrundsatz im BGB gilt, und daß zwei seiner Anwendungsfälle ausdrücklich geregelt worden sind, daß aber der dritte Fall vergessen wurde oder daß man ihn durch die beiden anderen Fälle geregelt glaubte, während dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist, dann erscheint es seltsam und willkürlich, wenn man als Erkenntnisquelle für diesen Rechtsgrundsatz nur den einen der positiv geregelten Fälle gelten lassen will. Denn, das muß Oertmann und Lesser zugegeben werden, die Fälle positiver Vertragsverletzungen

haben mit denen des Verzuges nur das gemeinsam, daß auch bei ihnen gegen eine Vertragspflicht verstoßen wird. Dies ist aber genau so der Fall bei den Fällen nachfolgender schuldhafter Unmöglichkeit der Leistung (§ 280 BGB). Wenn die Lösung also schon durch Analogie gefunden werden soll, dann ist die der §§ 280 und 286 BGB vereinigt zwingender als die des § 286 BGB allein.

Zustimmend: Enneccerus I 2 § 278 II 1b S. 178; R. Schmidt Lehrbuch § 70 S. 175 ff.; Zitelmann Festschrift S. 279 ff.

Dieselben Argumente, die gegen eine alleinige analoge Anwendung der Vorschrift des § 286 BGB sprechen, können und müssen auch gegen die alleinige Analogie aus § 280 BGB geltend gemacht werden. Diese will Kress (a. a. O. S. 591) vornehmen.

Neben diesen Hauptanalogien finden sich in der Literatur noch verschiedene andere vertreten.

Von Blume zieht (in Dogm. Jhrb. 55/234) noch die Vorschriften der §§ 548, 558 Abs. I, 545, 602, 606, 628 Abs. II BGB heran. Er verweist ferner auf die §§ 1359, 1664, 1833 BGB. Auf diese Vorschriften und ferner auf die der §§ 538, 635 BGB soll jedoch erst im zweiten Teile der vorliegenden Arbeit (unten Seite 58 ff.) eingegangen werden.

Doerr (Recht 1908 S. 207) weist auf die Vorschrift des § 160 BGB hin, nach der der bedingte Berechtigte Schadensersatz vom bedingt Verpflichteten verlangen kann, wenn dieser während der Schwebezeit das bedingte Recht schuldhaft vereitelt oder beeinträchtigt. Er behauptet, dieser Satz sei der Fundamentalsatz der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. Gegen die analoge Anwendung des Satzes aus § 160 BGB auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung erhebt sich jedoch das eine schwere Bedenken, daß es sich im Falle des § 160 BGB ja um bedingte Forderungsrechte handelt, also um Rechte, die noch gar nicht in voller Stärke vorhanden sind, die nur schwebend wirksam sind, deren volle Wirksamkeit vom Eintritt einer Bedingung abhängig ist. Doerr glaubt dieses Bedenken durch den Hinweis auf die §§ 163, 160 BGB erledigen zu können. Denn befristete Rechte beständen ja schon, sie seien wirkliche Forderungen. Da dieser Satz streitig ist, ist diese Beweisführung Doerrs zweifelhaft. Es wird zwar die Ansicht vertreten, daß befristete Forderungen bereits im Augenblick des Abschlusses des Rechtsgeschäfts entstehen und daß nur ihre Geltendmachung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Befristung hinausgeschoben ist.

So: Enneccerus § 187 II, sowie die dort genannten. Dagegen wird geltend gemacht, daß zu scheiden sei zwischen befristeten und betagten Forderungen. Während die letzteren bereits entstanden, aber noch nicht fällig seien, erzeugten die ersteren nur eine Anwartschaft des Gläubigers, aus der bei Eintritt des Termins die Forderung entstehe. So: v. Tuhr II 2 § 83 II S. 324; Staudinger Bem. 3 zu § 163 S. 673; Oertmann § 163 2 d S. 592; Leonhard Lehrbuch S. 40.

Nach der Fassung des § 163 BGB, der deutlich ausspricht, daß „für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts“ ein Anfangstermin be-

stimmt sein müsse, kann es nicht zweifelhaft sein, daß die letzte Ansicht richtig ist, die im Gegensatz zur betagten nur die befristete Forderung als durch § 163 BGB geregelt ansieht. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich ferner auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vergl. Motive I S. 269 f.).

Daraus folgt, daß § 160 BGB notwendig war, um die besonderen Fälle zu regeln ,in denen jemand eine Anwartschaft aus einem bedingten oder befristeten Rechtsgeschäfte verletzt, daß diese Vorschrift aber nicht auf Fälle entsprechend angewandt werden kann, in denen wirkliche Rechte verletzt werden.

Doerr führt seine Lehre dann im Sinne Staubs fort, indem er ausführt, die schuldhafte Vereitelung von Forderungsrechten sei in den §§ 280, 325 BGB erschöpfend geregelt worden, die schuldhafte Beeinträchtigung dagegen nicht. Der Verzug sei nur ein Fall der schuldhaften Beeinträchtigung einer obligatorischen Pflicht, alle übrigen Fälle — und zwar seien dies die Fälle positiver Vertragsverletzungen — ständen nicht im Gesetz. Doerr stellt dann folgendes Schema auf:

I. schuldhafte Vereitelung = Unmöglichkeit § 280,

II. schuldhafte Beeinträchtigung:

a) Verzug § 286,

b) sonstige Fälle, die im Gesetze nicht ausdrücklich geregelt seien, sodaß analoge Anwendung des Verzuges am Platze sei.

Da diese Lehre, wie schon hervorgehoben worden ist, der von Staub aufgestellten im Wesen gleicht, sprechen auch die oben Seite 18 19 angeführten Gründe gegen sie.

### d) Freie Lückenausfüllung.

Wie oben Seite 17 schon hervorgehoben worden ist, bleibt für den Fall, daß der Begriff der positiven Vertragsverletzung sich nicht mit Hilfe der Analogie aus dem Gesetze herleiten läßt, noch der Weg freien Lückenausfüllung.

Lesser (Seite 45) ist der Ansicht, daß in solchen Fällen drei Wege gegeben seien:

zunächst Gesetzesanalogie.

zweitens, wenn diese versagt — und sie versagt nach Lesser S. 12 die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der das betreffende Rechtsinstitut beherrscht,

drittens, wenn auch das nicht durchführbar ist, der Weg der freien Lückenausfüllung.

Die beiden Rechtsinstitute der Unmöglichkeit im Sinne von § 280 BGB und des Verzuges im Sinne von § 284 ff. BGB werden, wie bereits oben hervorgehoben worden ist, von dem allgemeinen Rechtsgrundsatze beherrscht, daß der Schuldner Schadensersatz leisten müsse, wenn er schuldhaft seine Pflichten verletzt. Es erscheint daher nur folgerichtig, auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen, die unter diesen Rechtsgrundsatz gleichfalls fallen müssen,

die beiden im Gesetze geregelten Anwendungsfälle dieses Grundsatzes anzuwenden. Damit werden die beiden Wege, die Lesser in solchen Fällen, aber erst nacheinander, Anwendung finden lassen will, miteinander zu einem verbunden. Tatsächlich erscheint auch die Trennung in Rechtsgrundsatzanwendung auf der einen und Analogie auf der anderen Seite wenn auch nicht unmöglich, so doch wenigstens recht gesucht. Auch Lesser muß ja für seinen Rechtsgrundsatz Anhaltspunkte und Erkenntnisquellen im Gesetze finden, die die Geltung seines Satzes erkennbar machen. Diese Anhaltspunkte sind für ihn die §§ 325 und 326 BGB beim gegenseitigem Vertrage (Lesser S. 47 f.). Er behandelt nur das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. Ganz allgemein müßten dann für den Satz, daß der Schuldner bei schuldhafter Verletzung von obligatorischen Pflichten sich schadensersatzpflichtig macht, die §§ 280, 286 BGB Anhaltspunkte abgeben. Dasselbe gilt aber auch für die (oben Seite 19) erwähnte Lehre. Von der Benutzung der §§ 280, 286 BGB als Erkenntnisquelle für einen allgemeinen Rechtsgrundsatz bis zu ihrer analogen Anwendung ist aber nur ein kleiner Schritt. Denn auch hinter allen Vorschriften, die analog angewandt werden, verbirgt sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Lesser, der den allgemeinen Grundsatz des oben dargelegten Inhaltes anerkennt und anwendet, kommt damit der Sache nach zwangsläufig zu einer analogen Anwendung der §§ 280, 286 BGB, also zur Bestätigung der oben ausgeführten Lehre von Ennecerus.

Der zweite Weg der Herleitung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung aus dem Gesetze (Lessers dritter) ist erst dann zu begehen, wenn die Analogie (nach Lesser diese und der allgemeine Grundsatz versagt. Da vom Standpunkte der herrschenden Lehre — also vorausgesetzt, daß mit ihr die Notwendigkeit des Begriffes der positiven Vertragsverletzung neben den Begriffen der Unmöglichkeit und des Verzuges zu bejahen ist, — eine Begründung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung aus dem Gesetze mit Hilfe analoger Anwendung der §§ 280, 286 BGB möglich ist, kommt für diese Lehre der Weg der freien Lückenausfüllung nicht mehr in Betracht. Begangen wird er von Kiss (Arch. f. bürg. R. 31/175). Weil diese Lehre für die vorliegenden Erörterungen keine praktische Bedeutung hat, soll nur kurz ihr Ergebnis zusammengestellt werden (Kiß S. 194):

Das Gesetz enthält in der Frage der positiven Vertragsverletzung eine wirkliche Lücke. Die Lösung hat daher im Gegensatze zu den bisherigen Meinungen nicht im Wege der Konstruktion, sondern durch freie Lückenausfüllung zu erfolgen.

Demgemäß kann:

2. von einer diesbezüglichen allgemeinen Rechtsregel keine Rede sein. Es kann sich nur um einen für jeden konkreten Fall von neuem aufzustellenden richterlichen Ergänzungssatz handeln.

3. Dieser Ergänzungssatz muß auf Grund freier Interessenwägung festgestellt werden, jedoch innerhalb der gesetzten Grund-

prinzipien. Es können also die im Gesetze üblichen Folgen der normierten Vertragspflichten auch im Falle der positiven Vertragsverletzungen angewendet werden, wenn und soweit diese den Vertragszweck gefährden oder vereiteln.

Im praktischen Endergebnis unterscheidet sich diese Lehre nicht viel von der herrschenden Meinung, die den Begriff der positiven Vertragsverletzung mit Hilfe einer Analogie aus den §§ 280, 286 BGB herleiten will.

## II. Teil:

## Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung erforderlich?

Nachdem in den Erörterungen des ersten Teiles untersucht worden ist, was die herrschende Lehre unter positiver Vertragsverletzung versteht, nachdem also der Begriff der positiven Vertragsverletzung festgestellt worden ist, kann nunmehr in die eigentliche Frage der Arbeit eingetreten werden, ob dieser Begriff erforderlich ist.

Wie die Darlegungen oben Seite 2 ff. ergeben haben, war die Grundlage für die Bildung dieses Begriffes die These, die Regelung schuldhafter Verletzungen obligatorischer Pflichten sei im BGB nicht erschöpfend geregelt worden, da die vom Gesetze normierten beiden Fälle dieser Art (Unmöglichkeit und Verzug) nicht die einzigen seien, es vielmehr noch weitere geben, die das Gesetz nicht geregelt habe. Daraus ergibt sich für die Beantwortung der Frage der Arbeit, daß der Begriff der positiven Vertragsverletzung neben den Begriffen Unmöglichkeit und Verzug nur dann erforderlich ist, wenn die unter seinem Namen zusammengefaßten Fälle nicht mit den Vorschriften des BGB unmittelbar gelöst werden können, wenn in diesen Fällen also nicht nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug vorliegt. Gelingt es, nachzuweisen, daß alle Fälle positiver Vertragsverletzungen durch die Vorschriften der §§ 280, 284 ff. BGB gelöst werden können, dann ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung überflüssig.

### 1. Die unmittelbare Anwendung der §§ 280, 284 ff. BGB.

Die Frage, ob die Regeln über die Unmöglichkeit und den Verzug auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen unmittelbar Anwendung finden können, ist von einigen Schriftstellern bejaht worden.

Goldmann-Lilienthal begründen diesen Standpunkt wie folgt (I. S. 333): Die Unmöglichkeit der Leistung könne sich auf jeden Teil der Verbindlichkeit beziehen, also auf den Gegenstand, die Zeit und den Ort der Leistung. Wenn die geschuldete Leistung nicht die Eigenschaften habe, die sie nach dem Inhalte der Leistungspflicht

haben müßte, wenn eine Handlung also nicht so vorgenommen sei, wie sie geschuldet wird, dann sei die Leistung insoweit unmöglich geworden, als die Sache oder die Leistung nicht dem Inhalte des Schuldverhältnisses entspreche. Habe die gelieferte Sache Mängel, dann sei die vertragsmäßige Leistung unmöglich; stelle der Gesellschafter eine falsche Bilanz auf, so sei die Aufstellung einer richtigen richtigen Bilanz unmöglich geworden und zwar selbst dann, wenn dies später gegenständlich noch richtig erfolgen könne. Verzug könne nicht vorliegen, da ja geleistet sei, wohl aber liege eine andere Unmöglichkeit in Bezug auf die Zeit vor. Die Aufstellung einer richtigen Bilanz bleibe möglich; aber auch wenn sie später noch erfolge, so bleibe sie doch für die vorhergehende Zeit unmöglich, in der sie nach Art und Inhalt des Schuldverhältnisses hätte erfolgen müssen.

Gegen diese Lehre haben Staub und Lesser Einwendungen erhoben. Sie weisen darauf hin, daß die Behauptung von Goldmann-Lilienthal, Verzug sei nur eine Art der Unmöglichkeit, nicht richtig sein kann; denn sonst würde § 286 BGB überflüssig sein (Staub-Müller S. 12/36; Lesser S. 25). Diese Einwendungen sind gerechtfertigt, denn Goldmann-Lilienthal übersehen, daß das Kriterium des Verzuges die Nichtleistung trotz möglicher Leistung ist, und daß von Unmöglichkeit nur dann die Rede sein kann, wenn die betreffende Verbindlichkeit vom Schuldner auch nicht nachträglich mehr erfüllt werden kann (zustimmend Planck-Siber II 1 S. 179, 182).

Dazu kommt, daß die Fragestellung von Goldmann-Lilienthal verfehlt ist. Die Frage müßte lauten, was unmöglich geworden ist. Bei dieser Fragestellung ergibt sich, daß die Leistung als solche jedenfalls auch nicht teilweise unmöglich ist, wie es Goldmann-Lilienthal behaupten. In dem Bilanzfall konnte der Gesellschafter eine richtige Bilanz noch nach Aufstellung der falschen ziehen, er konnte dies sogar noch vor Ablauf der dafür kalendermäßig gesetzten Frist, sodaß er mit der Aufstellung der richtigen Bilanz nicht einmal in Verzug gekommen ist. Auf Grund der Fragestellung von Goldmann-Lilienthal ist daher eine unmittelbare Anwendung der §§ 280, 286 BGB nicht zu begründen.

Einen zweiten Versuch, die Fälle der positiven Vertragsverletzung unmittelbar mit den im Gesetze gegebenen Rechtsinstituten zu lösen, hat Schöller (bei Gruchot 46/26 ff.) unternommen. Er erblickt in positiver Vertragsverletzung Unmöglichkeit der Erfüllung, weil durch jede Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht die Unterlassung unmöglich werde. Denn die einmal geschehene Tatsache lasse sich nicht wieder ungeschehen machen; die Zuwiderhandlung bewirkte daher eine Unmöglichkeit der auf Unterlassung gerichteten Leistungspflicht. Erfülle der Verpflichtete mangelhaft, dann habe er „das Andersleisten unterlassen". Damit sei die Unmöglichkeit der Erfüllung dieser Unterlassungspflicht eingetreten. Für das Bestehen einer solchen Unterlassungspflicht hat sich auch Lehmann (Arch. f.

z. Pr. 96/97) eingesetzt. Auch Lesser gibt (S. 28) zu, daß sie konstruierbar sei, nachdem er vorher (S. 27) behauptet hatte, ihre Annahme sei nicht frei von Künstelei. Er versucht dann, Schöller damit zu widerlegen, daß der Gegenstand der Leistung nun einmal ein positives Tun sei; der Gläubiger mache seine Rechte geltend auf Grund mangelhafter Erfüllung dieser Verbindlichkeit, nicht auf Grund der Verletzung einer Unterlassungspflicht. Diese sei nicht unmittelbarer Inhalt der Verbindlichkeit, sondern erst eine Folge der Pflicht zu positivem Tun; als Nebenpflicht sekundären Inhalts erweitere sie nur den Inhalt der positiven Leistungspflicht nach Treu und Glauben. Für das Schicksal der positiven Leistungspflicht sei jedoch diese selbst entscheidend.

Staub-Müller wenden gegen die Lehre von Schöller (S. 12, 14) ein, daß eine Unterlassungspflicht nie unter den Tatbestand des § 280 BGB fallen könne, weil § 280 nur Verpflichtungen zu positivem Tun treffen wolle. Daß diese Ansicht Staubs unhaltbar ist, ist bereits oben Seite 5 ff. dargelegt worden. Auch Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten begründen Unmöglichkeit ihrer Erfüllung.

Staub-Müller (S. 13) und auch Lesser (S. 28) weisen ferner noch darauf hin, daß auch Schöller selbst (S. 26) zugeben mußte, daß das Gesetz zu solchen mehr oder weniger künstlichen Konstruktionen zwinge, „um die rechtlichen Vorgänge in das Prokustesbett des Gesetzestextes einzuzwängen, der den Schadensersatz nur als Folge verschuldeter Unmöglichkeit oder verschuldeter Verzögerung der Leistung kenne". Daraus leiten sie das Eingeständnis her, daß diese Lösung nicht dem Sinne des Gesetzes entspreche und den eigentlichen Kern der Frage nicht treffe. Nach Staubs Ansicht ist dieser Zwang völlig unnötig, da die Analogie des § 286 BGB möglich und ausreichend sei. Lesser weist ferner noch darauf hin, daß, wenn Schöllers Ansicht richtig wäre, jede Vertragsverletzung die Unmöglichkeit der Erfüllung erzeuge, da Vertragsverletzungen zu unterlassen seien. Gegen die Lehre Schöllers spricht also gleichfalls das gegen Goldmann-Lilienthal erhobene Bedenken (oben Seite 23), daß nach ihr die Vorschrift des § 286 BGB unnötig sein würde, da ja auch der verspätet leistende Schuldner gegen die Pflicht, Vertragsverletzungen - und als solche müßte folgerichtig auch die verspätete Leistung angesehen werden — zu unterlassen, verstoßen würde.

Staub-Müller und Lesser ist demnach zuzugeben, daß die Fragestellung Schöllers noch wenig zweckmäßig ist; doch enthält seine Lehre wie auch die von Goldmann-Lilienthal einen richtigen Kern, auf den später zurückzukommen sein wird.

In ähnlicher Richtung bewegen sich auch die Versuche von Cosack-Mitteis und Siber, die Fälle der positiven Vertragsverletzungen mit Hilfe der im BGB gegebenen Vorschriften zu lösen.

Cosack-Mitteis (I. Bd. S. 426 und 448) meinen, es sei nur ein besonderer Fall des Unvermögens einer Schuldleistung, der deshalb

auch nach den Regeln der Unmöglichkeit zu beurteilen sei, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung ihm nur in mangelhafter Art möglich sei. Hierher gehörten im wesentlichen die Fälle, in denen der Schuldner seine Vertragsleistung mangelhaft bewirke und dadurch den Gläubiger schädige; denn durch die Vornahme der mangelhaften Leistung sei oft die Vornahme der mangelfreien Leistung für immer unmöglich geworden. Sie führen dafür zwei Beispiele an: ein Mieter benimmt sich so schlecht, daß deshalb andere Mieter ausziehen und die Wohnungen längere Zeit leer stehen. Ein Bahnhofswirt gibt falsche Auskunft über die Abfahrtszeit eines Zuges.

In beiden Fällen müssen nach Cosack-Mitteis die Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten, denn beide hätten durch ihr Benehmen die richtige Erfüllung einer ihnen obliegenden Haupt- oder Nebenpflicht unmöglich gemacht.

Ferner könne Verzug, der sonst meistens durch bloßes Unterlassen der dem Schuldner obliegenden Leistung, also durch ein Nichtstun, herbeigeführt werde, auch dann vorliegen, wenn der Schuldner positive Handlungen vornehme, die mit der rechtzeitigen Vornahme jener Leistung in Widerspruch stehen; denn darin liege eine mangelhafte Schulderfüllung, die grundsätzlich ebenso behandelt werden müsse, wie eine Nichterfüllung (Cosack-Mitteis S. 448). Während in den oben genannten Beispielen der Wirt und der Mieter sich die Erfüllung ganz unmöglich gemacht hätten, sei es für die eben genannten Fälle kennzeichnend, daß die Leistung noch möglich sei, daß die Nachholung aber nur verspätet erfolgen könne.

In ähnlicher Weise will Siber (Dogm. Jahrb. 50/195) die Fälle der positiven Vertragsverletzungen mit den Vorschriften der §§ 280, 284 ff. BGB lösen.

Siber führt aus, es liege tatsächlich die von Staub behauptete, nötigenfalls durch Analogie auszufüllende Lücke vor, wenn die §§ 280, 286 BGB nur eine Ersatzpflicht für den durch das Unmöglichwerden oder die Verzögerung der Erfüllung verursachten Schaden aussprächen. Aber § 280 BGB spreche von dem „durch die Nichterfüllung", § 286 BGB von dem „durch den Verzug" verursachten Schaden, letzterer sei nach der Definition des Verzuges in § 284 BGB ein Schaden, der dadurch entstanden sei, daß der Schuldner nicht leiste, das heißt nicht vertragsmäßig leiste. Nichtbewirken der vertragsmäßigen Leistung umfaßt aber nach Siber außer der Nichtleistung auch die Andersleistung, also außer dem Nichtliefern von Aepfeln auch die Lieferung wurmstichiger Aepfel, außer der Nichtaufstellung der Bilanz auch die Aufstellung einer falschen Bilanz. Nach § 280 wie nach § 286 BGB sei der Schuldner ersatzpflichtig nicht nur wegen des Schadens, der auf die negative Kausalität der nicht vertragsmäßigen Leistung als Unterlassung, sondern auch wegen des Schadens, der auf die positive Andersleistung als Handlung zurückzuführen sei. Wenn man sich also an die Gesetzesworte „durch die Nichterfüllung" und „durch den Verzug" halte und sie nicht durch die in der

Theorie und der Praxis allerdings geläufigeren „durch die Unmöglichkeit" und „durch die Verspätung" ersetze, so unterliege die unmittelbare Anwendung der §§ 280 und 286 BGB auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen keinen Bedenken.

Allen diesen vier Versuchen, die sich zum Ziele gesetzt haben, den Nachweis zu führen, daß der Begriff der positiven Vertragsverletzung als besondere Art der Verletzung schuldrechtlicher Pflichten neben Unmöglichkeit und Verzug überflüssig sei und daß die unter den Geltungsbereich dieses Begriffes gerechneten Fälle mit Hilfe des Gesetzes unmittelbar zu lösen seien, liegt ein richtiger Gedanke zu Grunde, ohne daß freilich die Lösung befriedigen könnte.

Gegen den Versuch von Goldmann-Lilienthal ist schon oben (Seite 23) geltend gemacht worden, daß die eigentliche Leistung — zum Beispiel in dem Bilanzfalle — nicht unmöglich geworden ist. Dasselbe Bedenken steht auch den Ansichten von Siber und Cosack-Mitteis entgegen. Das Aufstellen einer falschen Bilanz kann zwar als Nichtleistung angesehen werden, niemals aber liegt in diesem Falle Unmöglichkeit der Leistung vor, da der Gesellschafter ja gerade die richtige Bilanz noch dazu innerhalb der ihm für diese Tätigkeit gesetzten Frist angefertigt hat. Die genannten Ansichten versagen insbesondere beim Kaufvertrage über stückmäßig bestimmte Sachen. Hat sich zum Beispiel jemand verpflichtet, ein Pferd zu liefern, dann wird die Lieferung des Pferdes geschuldet, so wie dieses bei Abschluß des Kaufvertrages beschaffen war. Hatte das Pferd zu diesem Zeitpunkte bereits eine ansteckende Krankheit, die es nach erfolgter Lieferung und Einstellung in den Stall des Käufers auf dessen gesunde Tiere übertragen hat, dann kann von einer Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptleistung keine Rede sein. Geschuldet wurde das Pferd, so wie es bei Abschluß des Kaufvertrages vorhanden war. Da es schon damals krank war, wurde es also in diesem Zustande geschuldet; als gesundes konnte es auch gar nicht geschuldet werden, da ein auf eine Verbindlichkeit diesen Inhalts gerichteter Vertrag nach § 306 BGB nichtig sein würde, weil er auf eine von Anfang an objektiv unmögliche Leistung gerichtet wäre. Die Verbindlichkeit, das Pferd als ein gesundes zu liefern, gibt es mithin nicht, sie kann also auch nicht unmöglich werden (vergl. hierzu Oertmann II 1 § 280 III 3 S. 180: „Der Specieskauf begründet an sich keine Pflicht zu mangelfreier Lieferung").

Siber macht außerdem noch den Fehler, Tatbestand und Rechtsfolgen der §§ 280, 286 BGB miteinander zu verwechseln, wenn er meint, man könne die Frage lösen, wenn man sich streng an die Fassung des Gesetzes halten und darauf abstelle, daß dort von dem „durch die Nichterfüllung" und „durch den Verzug" verursachten Schaden die Rede sei. Er übersieht, daß der Tatbestand des § 280 BGB tatsächlich Unmöglichwerden der Leistung erfordert, während in § 284 BGB darauf abgestellt ist, daß der Schuldner nach erfolgter Mahnung trotz eingetretener Fälligkeit, also verspätet, nicht leistet.

Zu beachten ist, daß bei Cosack-Mitteis (S. 426) sich bereits ein Hinweis auf die eigentliche Kernfrage des Problems findet, indem dort angedeutet ist, daß der Schuldner gegen Haupt- oder Nebenpflichten verstoßen habe.

### 2. Die positiven Vertragsverletzungen als Verstöße gegen schuldrechtliche Haupt- oder Nebenpflichten.

Die Beantwortung der Frage, ob der Begriff der positiven Vertragsverletzung erforderlich ist, hängt, wie bereits oben (S. 22), betont worden ist, von der Beantwortung der weiteren Frage ab, ob die Fälle der positiven Vertragsverletzungen durch die Vorschriften des BGB gelöst werden können. Aus den Darlegungen des ersten Teiles der vorliegenden Arbeit geht hervor, daß die Vertreter der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen die letztere Frage ohne weitere Prüfung verneint haben. Sie begnügen sich im wesentlichen damit, festzustellen, daß der Schuldner den Vertrag durch sein schuldhaftes Verhalten „positiv verletzt" habe. Da sie außerdem der Ansicht sind, daß die beiden im BGB geregelten Arten schuldhafter Verletzung obligatorischer Pflichten Fälle betreffen, in denen der Schuldner sich „negativ" verhält, kommen sie ohne weitere Erörterungen zu dem Schlusse, daß die Fälle der positiven Vertragsverletzungen, in denen der Schuldner sich „negativ" verhält, nicht durch die ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes betroffen werden. Es ist schon oben (Seite 3 ff.) darauf hingewiesen worden, daß diese Annahme auf einem Irrtum beruht. Aber auch im übrigen ist die Fragestellung dieser Lehre ungenügend.

Bei allen Fällen schuldhafter Verletzungen obligatorischer Pflichten muß zur Beantwortung der Frage nach ihrer gesetzlichen Regelung ausgegangen werden vom Tatbestande der Schuldpflichtverletzung. Oben (Seite 14 ff.) ist in anderem Zusammenhange bereits erwähnt worden, daß der Tatbestand einer Vertrags- oder sonstigen Forderungsverletzung ähnlich aufgebaut ist, wie der einer unerlaubten Handlung nach den §§ 823 ff. BGB oder der einer strafbaren Handlung nach den Vorschriften des Strafgesetzbuches. Er zerfällt wie die beiden anderen Arten von Tatbeständen gleichfalls in einen äußeren und einen inneren. Während der innere Tatbestand gebildet wird durch die in den §§ 276 bis 279 BGB geregelten Arten des Vertretenmüssens, besteht der äußere Tatbestand darin, daß der Schuldner gegen eine obligatorische Pflicht verstößt.

Ein solcher Verstoß kann nach der Fassung des BGB auf verschiedene Weise erfolgen: Der Schuldner erfüllt seine fällige Leistungspflicht nach erfolgter Mahnung nicht, obwohl er dazu imstande ist. In diesem Falle liegt der Tatbestand des § 284 BGB vor. Die Leistung muß also noch nachholbar sein, damit der Tatbestand des Verzuges angenommen werden kann. Es ergibt sich dies mit Deutlichkeit aus der Fassung des Gesetzes, da dieses dem Gläubiger

in § 286 Abs. I BGB nur das Recht auf Ersatz des Verzugsschadens und in § 286 Abs. II BGB das Recht verleiht, unter Ablehnung der Leistung bestimmte Rechte geltend zu machen. Besonders das letztere Recht des Gläubigers setzt mit Notwendigkeit voraus, daß die Leistung noch angeboten werden kann, daß sie also noch möglich ist.

Als zweite Art des Verstoßes gegen eine schuldrechtliche Pflicht hat das BGB die Unmöglichkeit normiert. Für den Tatbestand der Unmöglichkeit ist Voraussetzung, daß der Schuldner nicht erfüllt, weil die Erfüllung der betreffenden Vertragspflicht überhaupt nicht mehr möglich ist (objektive Unmöglichkeit) oder weil lediglich der Schuldner nicht dazu in der Lage ist, während andere die Leistung noch vornehmen könnten (Unvermögen = subjektive Unmöglichkeit).

Das Kennzeichen dafür, welche der beiden Tatbestände der Verletzung schuldrechtlicher Pflichten vorliegt, ist mithin der Umstand, ob die nicht erfolgte Leistung noch nachholbar ist oder nicht.

Zustimmend: Planck-Siber II 1 S. 179; Lehmann Arch. f. z. Pr. 96/71.

Der Verzug ist mithin kein Unterfall der Unmöglichkeit in Bezug auf die Zeit der Leistung, wie Goldmann-Lilienthal meinen (oben Seite 23), sondern eine von der Unmöglichkeit tatbestandsmäßig verschiedene und daher von ihr streng zu unterscheidende Art der Verletzung schuldrechtlicher Pflichten.

Beiden Seiten des Tatbestandes, die innere und die äußere, müssen zusammenkommen, damit das Vorliegen einer schuldrechtlichen Pflichtverletzung mit der Rechtsfolge der Entstehung einer Schadensersatzpflicht bejaht werden kann. Daher müssen in allen Fällen, in denen der eine Teil eines Schuldverhältnisses Handlungen oder Unterlassungen begangen hat, die dem anderen Teile einen Schaden zugefügt haben, bei der Prüfung der Frage nach einer Schadensersatzpflicht drei Fragen gestellt werden:

1. Hat der Schuldner eine Pflicht verletzt und worauf ging diese Pflicht?

2. Wie hat er sie verletzt; das heißt: ist ihre Erfüllung völlig unmöglich geworden oder kann sie noch nachträglich erfolgen?

3. Hat der Schuldner die Verletzung (Frage 1 und 2) zu vertreten?

Die dritte Frage kann bei den nachfolgenden Erörterungen, die sich ja nur auf den äußeren Tatbestand zu erstrecken brauchen, ausscheiden.

Daß die Fragestellung in der eben entwickelten Art notwendig ist, haben die meisten Schriftsteller nicht erkannt, die sich für den Begriff der positiven Vertragsverletzung eingesetzt haben. Da die Frage danach, was für eine Pflicht durch den Schuldner verletzt worden ist, nicht gestellt wurde, mußte die Fragestellung dieser Lehren unvollständig bleiben.

Zustimmend: Planck-Siber S. 184.

Man begnügte sich mit der Feststellung, daß der Schuldner durch sein Verhalten den Vertrag „positiv verletzt" und damit den Vertragszweck gefährdet habe. Die Frage danach, welchen Inhalt die verletzte Vertragspflicht hatte und danach, wie der Schuldner seine Pflicht verletzt hatte, ob ihre Erfüllung noch nachträglich möglich geblieben ist oder nicht, unterblieb in den weitaus meisten Fällen.

Durch diese mangelhafte Fragestellung haben diese Schriftsteller der Rechtslehre jedoch keinen Dienst erwiesen. „Der Anschein, daß es sich bei den sogenannten positiven Vertragsverletzungen um eine dritte Art der Pflichtverletzung handele, damit aber auch die vielgerühmte scheinbare Einfachheit und Natürlichkeit dieser Denkform, entsteht nur dadurch, daß man ein unentbehrliches logisches Zwischenglied, nämlich den Tatbestand der Nichterfüllung einer primären Pflicht bestimmten Inhalts, einfach überspringt." So: Planck-Siber a. a. O. S. 184. Siber hat dann den Satz aufgestellt (a. a. O. S. 184), bei genauerer Prüfung der verletzten Vertragspflicht zeige sich, daß auch der objektive Tatbestand der positiven Vertragsverletzung nichts anderes darstelle als endgültige oder zeitweilige Nichterfüllung einer Vertragspflicht. Die Fragestellung hat nach Siber bei den sogenannten Vertragsverletzungen weder zu lauten, ob zum Beispiel der Verkäufer die Pflicht zur Leistung der Kaufsache, noch ob er den Vertrag oder die Forderung verletzt habe, sondern ob er eine primäre Pflicht bestimmten Inhalts, gleichviel ob eine solche zur Leistung der Kaufsache, zur Anzeige oder zu irgendeiner anderen Leistung verletzt, d. h. nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt habe. Damit zieht Siber die beiden oben Seite 28 erwähnten Fragen zu einer zusammen, ohne freilich den grundlegenden Unterschied zu verkennen, den die Beantwortung seiner Frage, ob „der Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt habe", für die Anwendung der Vorschriften des BGB auf die Fälle der sogenannten positiven Vertragsverletzungen macht.

In den folgenden Darlegungen sollen nun die Pflichten, um deren Verletzung es sich in der Hauptsache handeln wird, näher untersucht werden. Dabei taucht zunächst die Frage auf, welchen Inhalt diese Pflichten haben und auf welchen Rechtsgründen sie beruhen.

a) Vertragliche Hauptpflichten des Schuldners.

Nach Siber (a. a. O.) handelt es sich hierbei um Pflichten, deren Erfüllung alleiniger oder doch wenigstens wesentlichster Bestandteil eines Vertragsverhältnisses ist. Wird eine solche Pflicht verletzt, dann ist der den anderen Teil treffende Schaden entweder der durch die endgültige Nichterfüllung oder der durch die verspätete Erfüllung entstandene Schaden. Endgültige Nichterfüllung (= Unmöglichkeit) liegt nach Siber z. B. dann vor, wenn eine Unterlassungspflicht mit absoluter Zeitbestimmung alleiniger Gegenstand des Vertragsverhältnisses ist. Daß in derartigen Fällen auch nach der herrschenden Ansicht kein Fall der positiven Vertragsverletzung vorliegt, sondern daß auch die herrschende Ansicht in diesen Fällen

die Regeln des BGB über die nachfolgende Unmöglichkeit (oder teilweise auch die über den Verzug) anwenden will, ist schon oben mehrfach betont worden (Seiten 5 ff., 24). Es kann daher hier auf die dortigen Ausführungen und die dort erwähnten Literaturstellen verwiesen werden.

Zeitweilige Nichterfüllung trotz bestehender Möglichkeit nachträglicher Erfüllung einer vertraglichen Hauptpflicht nimmt Siber (Dogm. Jhrb. 50/190 und bei Planck II 1 S. 185) dann an, wenn der Verkäufer anstatt der vereinbarten Kaufsache etwas anderes leistet oder wenn er beim Gattungskaufe anstatt der versprochenen mangelfreien Sache eine mangelhafte liefert und dadurch den Käufer, der diese nach § 480 BGB zurückweist, hindert, eine Verbindlichkeit zum Weiterverkaufe seinerseits zu erfüllen. Der Schaden, der dem Käufer nunmehr dadurch entsteht, daß er selbst seine Pflichten aus dem Weiterverkaufe nicht mehr erfüllen kann, wäre auch eingetreten, wenn der Verkäufer nichts geleistet hätte. Der Schaden beruht also darauf, daß der Schuldner eine vertragliche Hauptpflicht nicht erfüllt hat, obwohl deren Erfüllung möglich war. Denn die Vertragspflicht bestand im ersten Beispiele Sibers in der Leistung einer Sache von der vertraglich versprochenen Art, während im zweiten Beispiele die Lieferung einer mangelfreien Sache geschuldet wurde — im Gegensatze zur Stückschuld, bei der die Sache immer nur so geschuldet wird, wie sie beim Vertragsschluß vorhanden war, also mit allen ihr anhaftenden Mängeln und Fehlern (vergl. oben Seite 26). —

### b) Nebenpflichten des Schuldners.

Die Verletzung von Hauptpflichten ist jedoch im Bereiche des Begriffes der positiven Vertragsverletzungen seltener, sie wird sich im wesentlichen auf die unter a) genannten Fälle beschränken. In den weitaus meisten Fällen handelt es sich um die Verletzung schuldrechtlicher Nebenpflichten. So auch Planck-Siber a. a. O. S. 185. Dies erkennen auch Oertmann II 1 § 280 III S. 180 und Cosack-Mitteis I S. 426 an. Der Sache nach zustimmend auch: Krückmann Arch. f. z. Pr. 101 S. 190, insbesondere S. 202.

Auch in einer Reihe von Reichsgerichtsentscheidungen finden sich dahingehende Andeutungen, z. B. RG in JW 1915 S. 240, S. 577.

Es erhebt sich nun die Frage, welchen Inhalt die Nebenpflichten haben und woraus sie herzuleiten sind.

Das Gesetz hat selbst eine Reihe von Nebenpflichten des Schuldners ausdrücklich hervorgehoben, so z. B. in den §§ 434 ff., 536, 545, 681 BGB. Neben diesen im BGB genannten Nebenpflichten gibt es jedoch noch eine große Reihe anderer Nebenpflichten, die das Gesetz nicht ausdrücklich normiert hat. Diese Pflichten ergeben sich entweder aus einer nach dem Grundsatze von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte erfolgenden Auslegung der zwischen den Parteien geschlossenen Verträge (§ 157 BGB) — zustimmend: Planck-Siber II 1 S. 184 am Ende und S. 185 — oder aus dem Grundsatze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) — so Oertmann II 1 § 280

III S. 180; Hch. Lehmann Allgem. Teil des BGB § 15 I 2 c S. 80; Reichsgericht in JW 1923 S. 286.

Von diesen Pflichten gilt der von Oertmann (II 1 5. Aufl. S. 181) ausgesprochene Satz, daß „nur eine individualisierende Behandlungsweise" zu eines befriedigenden Resultat führen könne. Der schon im Römischen Rechte so erfolgreich verwandte Gesichtspunkt „quidquid dare facere oportet ex fide bona" sei hierbei zu grunde zu legen, während schematische Regeln wenig helfen könnten. Wenn dieser Satz Oertmanns auch im Hinblick auf die Mannigfaltigkeit der betroffenen Lebensverhältnisse durchaus anerkannt werden soll, so soll dennoch der Versuch unternommen werden, wenigstens gewisse Gruppen der Nebenpflichten des Schuldners zu bilden.

Einige Gerichtsentscheidungen und einzelne Schriftsteller haben den Satz aufgestellt, daß die Parteien eine allgemeine Sorgfaltspflicht bei der Abwicklung der Schuldverhältnisse zu beobachten hätten.

So sagt das Reichsgericht in RGE 73/347 insbesondere S. 352, daß die Vertragsparteien die selbstverständliche Vertragspflicht träfe, bei der Abwicklung des Geschäftes ihr Verhalten so einzurichten, daß eine Benachteiligung der Gegenpartei tunlichst vermieden und dem ihnen bekannten besonderen Interesse der Gegenpartei Rechnung getragen werde. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Gläubiger hatte von einer Stadtgemeinde für geleistete Arbeiten eine Geldsumme zu fordern. Er hatte die von der Stadtgemeinde erhaltenen Quittungsformulare, die er dieser bei der Bezahlung der Raten seiner Forderung ausgefüllt vorzulegen hatte, mangelhaft verwahrt, sodaß ein Dritter die Formulare entwenden und auf Grund der von ihm gefälschten Quittungen Zahlung von Seiten der Stadtgemeinde erhalten konnte. Das Reichsgericht verurteilte den Gläubiger (unter Berücksichtigung von § 254 BGB) zum teilweisen Ersatze des Schadens, der der Stadtgemeinde dadurch entstanden war, daß sie an den Fälscher ohne befreiende Wirkung zahlte. Es leitete die Schadensersatzpflicht aus einer „positiven" Verletzung der oben genannten von ihm aus den §§ 157, 242 BGB hergeleiteten Vertragspflicht her, die den Gläubiger nach § 276 BGB zum Schadensersatze verpflichte. Daß die Begründung der Schadensersatzpflicht mit § 276 BGB nicht möglich ist, ist bereits (oben Seite 12 ff.) eingehend dargelegt worden. In diesem Zusammenhange interessiert nur noch die Annahme einer allgemeinen Sorgfaltspflicht.

Das Oberlandesgericht Hamburg führt in seiner Entscheidung vom 13. Mai 1901 (abgedruckt in Seuff. Arch. Bd. 56 S. 392) aus: Der Vertragsschluß begründe für jeden Kontrahenten nicht nur die Pflicht zur Gewährung der zugesagten Leistung, sondern auch die Verpflichtung, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB), und hieraus ergebe sich die allgemeine Verpflichtung, den Gegenkontrahenten soweit möglich vor Schaden zu bewahren, welcher ihm durch die Nichterfüllung

des Vertrages erwachsen könnte. Der Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde lag, war der, daß ein Schleppschiffahrtsunternehmer dem Vertragsgegner, dessen Schiffe zu schleppen er sich verpflichtet hatte, nicht rechtzeitig mitgeteilt hatte, daß der für die Leistung in Aussicht genommene Schleppdampfer am Tage vor dem für die Vornahme der Leistung vorgesehenen Tage durch Zufall auf Grund gelaufen und für längere Zeit gebrauchsunfähig geworden war. Das Oberlandesgericht Hamburg verurteilte den Schleppschiffahrtsunternehmer zum Schadensersatze, weil er die alsbaldige Mitteilung dieses Umstandes, der bei ihm die Möglichkeit der rechtzeitigen Vertragserfüllung ernstlich in Zweifel stellen mußte, unterlassen hatte und dadurch eine Schädigung des Gläubigers herbeigeführt hatte, der im Falle rechtzeitiger Mitteilung in der Lage gewesen wäre, sich nach anderer Schleppmöglichkeit umzusehen.

Für derartige allgemeine Sorgfaltspflichten setzen sich von Schriftstellern ferner ein: Soergel (I § 276 S. 542), Oertmann (II 1 § 280 III S. 179) und Lehmann (Arch. f. z. Pr. 96/67). Letzterer hat den Satz aufgestellt, der Schuldner müsse alle Kräfte so in den Dienst der Obligation stellen, wie Treu und Glauben das mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Er müsse demnach alles unterlassen, was die Erreichung des Obligationszwecks gefährden oder vereiteln könnte. Solche Unterlassungspflichten beständen mithin auch da, wo eine positive Leistung versprochen werde. Jeder Fall der sogenannten positiven Vertragsverletzungen sei mithin eine Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht.

Gegen die Anwendung derartig allgemeiner Nebenpflichten des Schuldners hat sich insbesondere Siber (bei Planck II 1 S. 189) gewandt. In den folgenden Ausführungen soll versucht werden, die allgemeinen Sorgfaltspflichten in mehrere Gruppen aufzulösen. Im Anschluß an die Lehre Sibers sollen dabei zwei Hauptgruppen unterschieden werden: Erhaltungs- und Anzeigepflichten.

### A. Die Erhaltungspflichten.

„Die Erhaltungspflichten verpflichten den Schuldner, Rechtsgüter des Gläubigers oder eines Dritten in einem bestimmten Zustande zu erhalten". So Hch. Lehmann Allgem. Teil des BGB S. 81; vergl. ferner ähnlich auch Planck-Siber II 1 S. 185. Nach den Ausführungen Sibers a. a. O.) können als Gegenstände derartiger Erhaltungspflichten in Frage kommen: einmal der Gegenstand, den der Schuldner dem Gläubiger zu liefern hat oder der sonst den Gegenstand der Obligation bildet, ferner die Person des Gläubigers, sein Vermögen und endlich auch die Personen des Schuldners selbst.

Die von Siber aufgezählten einzelnen Fälle von Erhaltungspflichten lassen sich in zwei Gruppen einteilen: Pflichten zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Schuldners und sonstige Erhaltungspflichten. Während unter Leistungsfähigkeit des Schuldners in diesem Sinne seine Fähigkeit, die versprochene oder sonst geschuldete Haupt-

leistung ordnungsmäßig zu erfüllen, verstanden werden soll, sollen unter sonstigen Erhaltungspflichten diejenigen verstanden werden, die mit der Möglichkeit der Erfüllung der eigentlichen Hauptleistung nur in mittelbarem Zusammenhange stehen, die also dem Schuldner nur anläßlich deren Erfüllung erwachsen.

Die Pflicht zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit verlangt von dem Schuldner ein doppeltes: einmal rechtliche Erhaltung der Leistungsfähigkeit und ferner tatsächliche.

Die Erhaltungspflicht der Leistungsfähigkeit in rechtlicher Hinsicht verpflichtet den Schuldner, mit dem Leistungsgegenstand nicht in einer Weise umzugehen, die die ordnungsmäßige Erfüllung der Hauptpflicht unmöglich macht oder sie gefährdet. Diese rechtliche Leistungserhaltungspflicht verletzt z. B. der Verkäufer, der die dem Gläubiger verkaufte Sache vor der Uebereignung weiterverkauft. Hätte er sie an den zweiten Käufer auch gleichzeitig weiterübereignet, dann würde Unmöglichkeit der Hauptleistung (und zwar subjektive Unmöglichkeit) vorliegen, die hier auftauchenden Fragen würden in diesem Falle also nicht zu entscheiden sein, da für eine Erhaltungspflicht kein Raum mehr sein würde. Die Frage nach dem Vorliegen einer Erhaltungspflicht wird erst dann aktuell, wenn nicht Unmöglichkeit der Hauptleistung vorliegt, sondern nur von einer Gefährdung dieser Hauptleistung gesprochen werden kann. Eine solche Gefährdung muß andererseits bereits im Abschluß schuldrechtlicher Verträge erblickt werden, durch die der Schuldner sich verpflichtet, die zu liefernde Sache an einen Dritten zu leisten. Obwohl der Schuldner in diesen Fällen noch in der Lage bleibt, seiner Hauptpflicht zu genügen, muß hierin bereits eine Beeinträchtigung seiner Leistungsfähigkeit gesehen werden. Besonders deutlich zeigt sich die Notwendigkeit einer Haftung wegen Verletzung dieser Erhaltungspflicht beim Werklieferungsvertrage. Wenn z. B. der Werkunternehmer eine nicht vertretbare Sache aus von ihm gelieferten Stoffe hergestellt hat und die Gefahr infolge erklärter Abnahme auf den Besteller übergegangen ist (§ 644 BGB), trifft den Unternehmer die Pflicht, sich die Erfüllung seiner Pflicht auf Uebereignung und Herausgabe der Sache nicht unmöglich zu machen oder zu gefährden. Verkauft er jetzt die Sache an einen Dritten und geht sie vor der Uebergabe an diesen aus Zufall unter, dann würde der Besteller zur Zahlung des Werklohnes verpflichtet sein, obwohl der Unternehmer Handlungen vorgenommen hat, die die Erfüllung seiner Leistungserhaltungspflicht auf das schwerste gefährdeten. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, dem Besteller beim gegenseitigen Vertrage das später noch näher zu erörternde Recht zum Rücktritt vom Vertrage zu geben. An dieser Stelle, an der nur der Tatbestand der Erhaltungspflichten untersucht werden soll, genügt es zu betonen, daß Pflichten der erwähnten Art als selbständige anerkannt werden müssen und nicht nur als unselbständige Vorbereitungen der eigentlichen Hauptleistung angesehen werden können, wie Siber, der diese Pflich-

ten allerdings überhaupt nicht erörtert hat, dies mit anderen Er-Erhaltungspflichten tun will (Siber a. a. O. S. 185).

Derartige Leistungserhaltungspflichten sind überall da denkbar, wo der Schuldner seine Hauptleistungspflicht dadurch gefährden kann, daß er sich schuldrechtlich zur Verfügung über die Sache verpflichtet. Sie werden, um nur einige Beispiele zu nennen, verletzt, wenn der Mieter einer beweglichen Sache sich zur Uebereignung der Sache verpflichtet und dadurch seine Rückgabepflicht gefährdet. Dasselbe gilt vom Entleiher, Verwahrer und anderen Besitzern fremder Sachen. Dieselbe Pflicht trifft auch denjenigen, der verpflichtet ist, eine Sache aus dem Rechtsgrunde der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuübereignen. Daß sie auch denjenigen trifft, der verpflichtet ist, einen ihm selbst gehörigen Gegenstand auf einen anderen zu übertragen, ist schon oben erwähnt worden. Es trifft daher auch den Erben dem Vermächtnisnehmer gegenüber, den aus einem Schenkungsversprechen Verpflichteten dem Beschenkten gegenüber die genannte Erhaltungspflicht.

Eine rechtliche Leistungserhaltungspflicht kann aber nicht nur durch das Eingehen schuldrechtlicher Verbindlichkeiten hinsichtlich des Leistungsgegenstandes verletzt werden, sondern auch durch Verfügungen. Dabei scheidet eine Uebereignung naturgemäß aus, da in einem solchen Falle, wie bereits oben (Seite 33 hervorgehoben ist, Unmöglichkeit hinsichtlich der Hauptleistung vorliegt. Verletzt werden kann die Leistungserhaltungspflicht jedoch durch Verpfändung oder inhaltliche Aenderung. Der Werkunternehmer, der eine ihm übergebene Sache des Bestellers, der Mieter, der eine Sache des Vermieters verpfändet, verstößt ebenso gegen diese Leistungserhaltungspflicht wie derjenige, der sich verpflichtet hat, ein Forderungsrecht auf einen anderen zu übertragen und dieses vor der Abtretung durch Vertrag mit dem Schuldner in irgendeiner Weise inhaltlich ändert.

Außer zur Erhaltung seiner Leistungspflicht in rechtlicher ist der Schuldner aber auch zur Erhaltung seiner Leistungsfähigkeit in tatsächlicher Beziehung verpflichtet. In diese Gruppe von Erhaltungspflichten gehören zahlreiche bei Planck-Siber und anderen Schriftstellern erwähnte Pflichten zur Erhaltung von Rechtsgütern.

Mit der Wendung „Erhaltung von Rechtsgütern eines Dritten" sind nach den Ausführungen bei Planck offenbar zunächst Rechtgüter des Schuldners selbst gemeint. Es ergibt sich das daraus, daß Siber als solche Rechtsgüter zuerst die zu liefernde Sache des Schuldners versteht. Wenn dieser Sprachgebrauch auch nicht unbedenklich ist, so ist ihm in der Sache selbst zuzustimmen.

Es trifft demnach den Verkäufer die Pflicht, die zu liefernde Sache so zu erhalten, daß er sie nach Eintritt der Lieferungszeit vertragsmäßig liefern kann. Verletzt er diese Pflicht, indem er sie entweder schuldhaft zerstört oder ihre Zerstörung oder Beschädigung schuldhaft verursacht, dann ist er schon wegen dieser Pflichtverletzung

zum Schadensersatze verpflichtet, ohne daß besonders untersucht zu werden braucht, ob infolge der Pflichtverletzung Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptverpflichtung eingetreten ist. Krückmann (Arch. f. z. Pr. 101 S. 203 und Dogm. Jhrb. 59 S. 313) erwähnt als solche Pflichtten die zu sorgfältiger Behandlung z. B. der Kaufsache und die zu sorgfältiger Vornahme der Leistungshandlung. Diese letztere Pflicht verletzt nach Krückmann der Verkäufer, wenn er die Ware einem schuldhaft schlecht ausgewählten Boten übergibt oder wenn er sie schlecht verpackt oder beim Einpacken beschädigt. Beim Dienst- und beim Werkvertrage wird diese Pflicht nach Krückmann dann verletzt, wenn die Sachen, an denen die Dienstleistungen zu vollbringen sind, schuldhaft beschädigt werden z. B. wenn das Dienstmädchen beim Abwaschen das Geschirr zerschlägt oder den Gas- oder Wasserhahn nicht ordentlich schließt und dadurch Schaden verursacht oder wenn der Arzt oder der Gärtner Kunstfehler machen.

Siber will (a. a. O.) einiger dieser Pflichten nur als unselbständige Vorbereitungen zur Erfüllung der eigentlichen Hauptpflicht ansehen und eine besondere Haftung wegen Verletzung der Erhaltungspflicht verneinen, während sie Lehmann und auch Krückmann (a. a. O.) als selbständige Pflichten anerkennen wollen. Die Ansichten von Lehmann und Krückmann dürften vorzuziehen sein. Es besteht ein Bedürfnis dafür, dem Gläubiger schon auf Grund der Verletzung der Erhaltungspflicht einen klagbaren Anspruch zuzuerkennen, ohne ihm zuzumuten, darauf zu warten, daß völlige oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung eintritt. Daß ein solches praktisches Bedürfnis bei der Pflicht zur Erhaltung der rechtlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners besteht, ist bereits oben (Seite 33) hervorgehoben worden. Es zwingt jedoch bei der Pflicht zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit in tatsächlicher Hinsicht zur Anerkennung dieser Pflicht als einer selbständig klagbaren. Das Argument Sibers (a. a. O. S. 185), die Zerstörung oder Beschädigung der Kaufsache schädige den Käufer nur, sofern er infolgedessen die Kaufsache gar nicht oder nicht in dem geschuldeten Zustande bekomme, ist nicht beweiskräftig genug. Siber übersieht, daß Fälle denkbar sind, in denen der Verkäufer durch Verletzung seiner Erhaltungspflicht, z. B. durch schlechtes Verpacken oder schlechte Aufbewahrung vor der Absendung der Ware an einen anderen Ort eine Beschädigung der Ware verschuldet hat. Geht nun nach der Uebergabe an die Reichsbahn auf dem Transport die Ware durch Zufall unter, dann müßte der Käufer den Kaufpreis zahlen, da die Gefahr auf ihn mit Uebergabe an die Transportanstalt übergegangen ist (§ 447 BGB). War die Beschädigung infolge der schlechten Verpackung oder Aufbewahrung erst während des Transportes eingetreten, dann würde eine Sachmängelhaftung nach den §§ 459 ff. BGB entfallen, da ein Sachmangel im Sinne dieser Vorschriften zur Zeit des Gefahrüberganges noch nicht bestanden hat. Wäre die Ware in beschädigtem Zustande angekommen, dann würde der Käufer seine Rechte wegen Verletzung der Erhaltungspflicht geltend machen können.

Das gleiche muß aber auch gelten, wenn die Ware auf dem Transport aus einem anderen von der Verletzung der Erhaltungspflicht unabhängigen Grunde zufällig untergeht. Es besteht das Bedürfnis, ihm auch in diesem Falle das bereits in dem Beispiel oben Seite 33 erwähnte und später noch zu erörternde Rücktrittsrecht zuzubilligen, um ihn von seiner Kaufpreiszahlungspflicht zu befreien.

An Erhaltungspflichten, die auch nach Sibers Ansicht selbständig bestehen, sind noch zu nennen: die Pflicht des Vermieters, die Mietsache während der Mietzeit in gebrauchsfähigem Zustande zu erhalten — diese Pflicht hat das BGB in § 536 ausdrücklich aufgestellt —, die Pflicht des Mieters auf Erhaltung der Substanz der Mietsache, um seiner Rückgabepflicht nach Beendigung des Mietverhältnisses genügen zu können (§ 556 BGB), die Pflicht des Werkunternehmers auf Erhaltung der zu bearbeitenden Sache des Bestellers, während die von Siber (bei Planck S. 186) erwähnte Pflicht auf Erhaltung anderer, nicht zu bearbeitender Sachen des Bestellers nicht zu dieser Gruppe von Erhaltungspflichten gehört, da sie nicht auf Erhaltung der zu liefernden Sache geht.

Die hier vorgenommene Aufzählung von Beispielen derartiger Erhaltungspflichten kann und soll, wie bereits oben Seite 31 hervorgehoben worden ist, keine erschöpfende sein.

Gegenstand einer Pflicht zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Schuldners in tatsächlicher Beziehung kann aber auch die Person des Gläubigers sein. Das ist immer dann der Fall, wenn die geschuldete Leistung in einer Einwirkung auf den Körper des Gläubigers besteht, die körperliche Integrität des Gläubigers also Voraussetzung für den Eintritt des Leistungserfolgs ist. So trifft z. B. denjenigen, der andere befördert, sei es mit dem Kraftwagen, der Straßenbahn oder Eisenbahn, die Pflicht, für die Sicherheit des Gläubigers zu sorgen. Ferner hat diese Pflicht die Irrenanstalt gegenüber selbstmordsüchtigen Kranken (Siber S. 186), ebenso der Arzt, der eine Operation vorzunehmen hat, wobei die Streitfrage, ob er diese Handlung auf Grund eines Dienstvertrages oder auf Grund eines Werkvertrages vornimmt, nicht entschieden zu werden braucht. Auch den Dienstherrn trifft diese Pflicht nach § 618 BGB dem Bediensteten gegenüber (vergl. RG in RGE 77/409).

Nach Planck-Siber soll Gegenstand der Erhaltungspflicht auch das Vermögen des Gläubigers schlechthin sein können. Er nennt (a. a. O. S. 187) hierfür als Beispiele: den Vormund, der die Pflicht hat, das Vermögen des Mündels nicht dadurch zu beschädigen, daß er unnötige Ausgaben macht; ferner den Angestellten, der seinem Prinzipal gegenüber verpflichtet ist, um die Erhaltung dessen Vermögens besorgt zu sein und nicht unbekannte Kunden ohne Zahlung verschwinden zu lassen.

Bei der Konstruktion derartig weitgehender und weitgefaßter Pflichten auf Erhaltung des Vermögens des Gläubigers ist jedoch Vorsicht geboten, da man bei allzu großzügiger Annahme einer solchen

allgemeinen Erhaltungspflicht nur zu leicht zu weit gehen kann und Pflichten konstruiert, deren Konstruktion überkünstlich und gezwungen ist. In den genannten Beispielen Plancks kann die Erhaltungspflicht des Vormundes noch als solche anerkannt werden, während schon die Pflicht des Angestellten aus diesem Rahmen herausfällt und genau wie der früher schon erwähnte Bilanzfall ein Beispiel für die noch besonders zu betrachtende und in engen Grenzen doch anzuerkennende „Schlechterfüllung" darstellt.

Gegenstand der Leistungserhaltungspflicht des Schuldners kann schließlich aber auch die Person des Schuldners sein, und zwar dann, wenn der Inhalt der Verbindlichkeit derart ist, daß es auf die Erhaltung der persönlichen Unversehrtheit des Schuldners ankommt. So ist z. B. das Dienstmädchen verpflichtet, darauf zu achten, daß sie sich nicht durch Fahrlässigkeit eine körperliche Beschädigung zuzieht, die sie zur Dienstleistung untauglich macht. Besonders trifft eine solche Pflicht aber den Schauspieler und Artisten, bei denen körperliche Unversehrtheit ein wesentliches Erfordernis ist für das Gelingen der Vorstellung, bei der sie mitzuwirken haben. Beide trifft daher z. B. die Pflicht, Schlägereien nicht zu verursachen oder sie zu vermeiden, damit dem Gläubiger ihrer Dienstleistung nicht dadurch ein Schaden zugefügt wird, daß die geplante Schaustellung infolge der verschuldeten körperlichen Beschädigung eines der Mitwirkenden unmöglich gemacht wird. Auch den Kutscher oder Kraftwagenlenker trifft die Pflicht zur Erhaltung ihrer Person in leistungsfähigem Zustande. Betrinkt sich der Kraftwagenführer z. B. vor der Fahrt, dann hat er diese Pflicht verletzt, da sein Zustand die geschuldete Leistung entweder unmöglich macht oder doch zu mindesten die Durchführung der Erfüllung wesentlich gefährdet. Wenn Planck-Siber (a. a. O. S. 186) auch diese Pflicht nur als unselbständige Vorbereitung des geschuldeten Erfolges ansehen will, dann ist dem auch hier wieder entgegenzuhalten, daß für den Gläubiger ein Bedürfnis dafür bestehen kann, bereits auf Grund der Verletzung der Erhaltungspflicht seine Rechte geltend zu machen und nicht erst die Unmöglichkeit der Hauptleistung abzuwarten. So braucht dem Kraftwagenhalter nicht zugemutet zu werden, seinen betrunkenen Fahrer erst den Wagen führen zu lassen, bis durch einen Unfall die geschuldete Dienstleistung unmöglich geworden ist. Da vor Antritt der Fahrt auch keine Teilunmöglichkeit vorliegt, würde er keine Handhabe haben, die Leistung zurückzuweisen und Schadensersatz zu verlangen. Er hat dieses Recht jedoch, wenn die Leistungserhaltungspflicht als selbständige Pflicht anerkannt wird.

Damit dürften im wesentlichen die Beispiele für die Anwendungsfälle der Pflicht des Schuldners, seine Leistungsfähigkeit in tatsächlicher Beziehung zu erhalten, soweit es sich um die in Frage kommenden Gruppen handelt, erschöpft sein. Innerhalb der einzelnen Gruppen ist eine Aufzählung der einzelnen Anwendungsfälle naturgemäß nicht möglich, sodaß die Darstellung insoweit keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann.

Zu der zweiten Gruppe der Erhaltungspflichten (vergl. oben Seite 33), die als sonstige Erhaltungspflichten bezeichnet worden sind, gehören alle diejenigen Erhaltungspflichten des Schuldners, die nicht seine Leistungsfähigkeit betreffen, sondern ihn sonst im Rahmen des Schuldverhältnisses zu einer Erhaltung verpflichten. Auch hier können unmöglich alle Fälle aufgezählt werden, in denen den Schuldner eine derartige Erhaltungspflicht trifft. In den meisten Fällen wird es sich um die Erhaltung von Rechtsgütern des Gläubigers oder eines Dritten handeln, auf die sich die schuldrechtliche Hauptleistungspflicht nicht unmittelbar erstreckt, die jedoch mit der eigentlichen Leistung in so engem Zusammenhange stehen, daß ihre Beschädigung oder Zerstörung wirtschaftlich gesehen einer Vereitelung oder Gefährdung des Obligationszweckes gleichkommt.

Eine Erhaltungspflicht dieser Art verletzt der Maler, der beim Anstreichen der Decke eines Zimmers die darin befindlichen Möbel zu bedecken vergißt und sie durch Farbspritzer beschmutzt, oder der Dekorateur, der mit seiner Leiter den Kronleuchter herunterschlägt oder mit ihr das Parkett zerkratzt. Das gleiche gilt für den Verkäufer, der die verkaufte Sache in der Wohnung des Käufers abliefert und dabei Sachen des Käufers beschädigt z. B. indem er einen nicht ganz sauberen Räureballon auf die Schreibtischplatte stellt oder die zu liefernden Kohlen im Keller auf Lebensmittelvorräte wirft und diese dabei vernichtet. Dieselbe Pflicht verletzt der Mieter einer Wohnung, der sich so schlecht benimmt, daß die Mitmieter daran Anstoß nehmen und ausziehen, sodaß die Räume längere Zeit unvermietbar leer stehen. Auch derjenige gehört hierher, der täglich Waren bei einem bestimmten Gläubiger abzuliefern hat und sich nun in beleidigender oder herausfordernder Weise dem Gläubiger gegenüber benimmt. Aber nicht nur Rechtsgüter des Gläubigers selbst sondern auch seiner Hausgenossen können Gegenstand einer solchen Erhaltungspflicht sein. Es kann keinen Unterschied für die Geltendmachung der Rechte des Gläubigers machen, ob der Lieferant ihn selbst oder seine Frau beleidigt, ob der Dekorateur seine eigenen Möbel oder die seiner Frau oder seiner Kinder beschädigt. Obwohl der Schuldner in keinem Schuldverhältnis mit den Eigentümern bezw. Inhabern der Rechtsgüter steht, verletzt er doch eine ihm dem Gläubiger gegenüber obliegende Erhaltungspflicht der Rechtsgüter dieser Personen.

Die Beispiele für diese Gruppen von Erhaltungspflichten lassen sich beliebig vermehren. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß im Gegensatze zu der ersten Gruppe von Erhaltungspflichten die eigentliche Hauptleistung rechtlich in keiner Weise tangiert wird, daß aber ihre Erfüllung wirtschaftlich beeinträchtigt wird, indem dem Gläubiger im Zusammenhange mit der Erfüllung der Pflicht ein Schaden zugefügt wird.

Beide Gruppen von Erhaltungspflichten entstehen im Gegensatze zu den im nächsten Abschnitte zu erörternden Anzeigepflichten nicht erst mit Abschluß des betreffenden Vertrages, sondern richtiger

Ansicht nach bereits mit Beginn der Vertragsverhandlungen. Der Gläubiger, der mit einem Schuldner über eine Schuldleistung verhandelt, hat ein Interesse daran, daß der Schuldner diese Leistung und die Möglichkeit ihrer Erfüllung besonders pfleglich behandelt. Andererseits ist es nur billig, daß der Schuldner, der eine Leistung anbietet, seine Leistungsfähigkeit sorgfältig wahrt. Die Anerkennung dieser Pflicht, die Leistung, über die verhandelt wird, durch sorgfältiges Umgehen mit der geschuldeten Sache oder dem geschuldeten Gegenstand zu erhalten, muß insbesondere deshalb erfolgen, weil der Gläubiger vor Perfektion des Vertrages keinerlei Einfluß auf den geschuldeten Gegenstand hat und daher in weitem Maße auf die Zuverlässigkeit seines Schuldners angewiesen ist. Dazu kommt noch, daß er im Vertrauen auf diese Zuverlässigkeit und eine sorgfältige Behandlung des Leistungsgegenstandes oft bereits vor Abschluß des Vertrages Umstellungen in seinem Vermögen vornimmt, die ihren wirtschaftlichen Sinn nur in der ordnungsmäßigen Erfüllung der abzuschließenden Leistung haben.

Daraus ergibt sich, daß die Erhaltungspflichten nicht nur Pflichten „in solvendo", d. h. Pflichten bei Abwicklung des bereits geschlossenen Vertrages, sondern auch Pflichten „in contrahendo", d. h. Pflichten sind, die schon zur Zeit der Vertragsverhandlungen bestehen, sodaß also kein Schuldner sich darauf berufen kann, der beabsichtigte Vertrag sei nicht zustande gekommen, er brauche also für den verschuldeten Untergang der den Gegenstand der beabsichtigten Obligation bildenden Sache, um nur ein Beispiel zu nennen, während der Vertragsverhandlungen nicht zu haften.

### B. Die Anzeigepflichten.

Die zweite Hauptgruppe schuldrechtlicher Nebenpflichten wird durch die Anzeigepflichten gebildet. Auch diese Gruppe zerfällt in zwei Unterabteilungen: einmal reine Anzeigenpflichten und ferner Prüfungs- und Erkundigungspflichten verbunden mit Anzeigepflichten. Die Frage, welche Umstände erkundet und angezeigt werden müssen, soll weiter unten behandelt werden.

Reine Anzeigepflichten liegen dann vor, wenn der Schuldner verpflichtet ist, etwas anzuzeigen, was ihm bekannt ist. Derartige Pflichten hat das Gesetz an verschiedenen Stellen normiert, so z. B. in den §§ 545, 681 BGB. Daß diese Fälle nicht die einzigen sind, hat Lehmann (Allgem. Teil des BGB S. 80) zutreffend hervorgehoben.

Von den Anzeigepflichten zu scheiden sind einmal die Fälle sogenannter „Gebote eigenen Interesses" und ferner die Fälle einer geschuldeten Auskunft.

Gebote eigenen Interesses liegen (nach Planck-Siber II 1 S. 187) dann vor, wenn der Gläubiger keinen Anspruch auf Erstattung einer Anzeige hat, wenn diese vielmehr nur dazu dient, dem Schuldner einen Vorteil oder ein Recht zu erhalten. Dies ist z. B. der Fall in

§ 149 BGB. Unterläßt in diesem Falle der Empfänger einer Vertragsannahme die Anzeige, daß diese verspätet bei ihm eingegangen sei, dann verliert er das Recht, die verzögerte Vertragsannahme als verspätet zurückzuweisen, die Erklärung des Gegners gilt also als rechtzeitig eingegangen. Viele Fälle derartiger „Anzeigepflichten" finden sich auch im Reichsgesetze über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908. Unterläßt der Versicherungsnehmer in zahlreichen Tatbeständen dieses Gesetzes die rechtzeitige Anzeige des Eintritts des Versicherungsfalls, dann verliert er seine Rechte auf Ersatz durch Eintritt des Versicherungsfalls ihm zugestoßenen Vermögensschadens. Außerdem enthält das genannte Gesetz Fälle, in denen der Versicherer zum Rücktritt berechtigt ist, wenn ihm gewisse Umstände (Gefahrerhöhung u. a.) nicht angezeigt werden. Diese Fälle stehen hier jedoch nicht zur Erörterung.

Ebenso scheiden alle Fälle aus, in denen der Gläubiger ein Recht auf Auskunft hat, in denen der Schuldner also erst zu einer Anzeige verpflichtet wird, wenn der Gläubiger ihn dazu auffordert. Derartige Fälle finden sich in den §§ 1799 Abs. II, 1850 Abs. I Satz 2 BGB.

Lehmann hat (a. a. O. S. 80) ausgeführt, daß grundsätzlich jede Partei eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses der anderen Ereignisse mitteilen müsse, die für deren Handeln erheblich sein könnten und ihr nicht bekannt seien, und diese Anzeigepflichten aus dem das gesamte Schuldrecht beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben hergeleitet.

Es taucht nunmehr die Frage auf, welche Ereignisse der eine Teil dem anderen mitzuteilen hat (vergl. oben S. 39). Es fragt sich, ob die weite Fassung Lehmanns „Ereignisse, die für das Handeln der anderen Partei erheblich sein können" nicht genauer bestimmt werden kann. Bei schärferer Betrachtung ergibt sich denn auch, daß diese Ereignisse in den meisten Fällen sich als Leistungshindernisse hinsichtlich der geschuldeten Hauptleistung darstellen. Dies erkennt auch Krückmann (Dogm. Jhrb. 59 S. 313) an, während er Arch. f. z. Pr. 101/203 davon spricht, daß dem Käufer „gewisse Umstände" anzuzeigen seien.

Treten also Leistungshindernisse auf, sei es nun verschuldete oder unverschuldete, rechtliche oder tatsächliche, objektive oder subjektive, mag Unmöglichkeit der Leistung oder Verzug vorliegen, in allen diesen Fällen trifft den Schuldner dieser Leistung die Pflicht, das Vorliegen des Leistungshindernisses dem Gläubiger mitzuteilen. Diese Pflicht, die sich aus dem Grundsatze von Treu und Glauben ergibt (zustimmend Lehmann vergl. oben), hat der Schleppschifffahrtsunternehmer in dem oben (Seite 32) erwähnten vom Oberlandesgericht in Hamburg entschiedenen Falle verletzt, wenn er dem Gläubiger nicht rechtzeitig mitteilte, daß sein Dampfer gestrandet war. Wäre diese Mitteilung rechtzeitig erfolgt, dann hätte der Gläubiger sich nach anderer Schleppmöglichkeit umsehen können. Da er sich eine solche infolge des Unterlassens der Anzeige nicht mehr recht-

zeitig besorgen konnte, erlitt er einen Schaden, für den das Oberlandesgericht Hamburg mit Recht den Schuldner haftbar machte.

Aber nicht nur in den Fällen, in denen Leistungshindernisse eingetreten sind oder einzutreten drohen, ist der Schuldner zur Anzeige verpflichtet, sondern auch in jenen Fällen, in denen die Leistung zwar nicht unmöglich geworden ist, in denen der Schuldner aber nur zur Leistung von Sachen in der Lage ist, die mit irgendwelchen Mängeln behaftet sind. Diese Fälle werden allerdings bei der Gruppe der reinen Anzeigepflichten weniger zahlreich sein, da ja Voraussetzung für die Annahme einer reinen Anzeigepflicht der Umstand ist, daß der Schuldner den Umstand kennt, den er anzuzeigen hat. Da ein Schuldner normalerweise Sachen, von denen er weiß, daß sie fehlerhaft sind, nicht leisten wird, um sich der Gefahr einer Sachmängelhaftung nicht auszusetzen, wird die Verletzung einer reinen Anzeigepflicht in diesen Fällen nicht so oft vorkommen wie die Verletzung einer Erkundigungspflicht.

Damit kommen wir zur zweiten Unterart der Anzeigepflichten: zu den Prüfungs- und Erkundigungspflichten verbunden mit der Pflicht zur Anzeige des Prüfungsergebnisses. Planck-Siber (a. a. O. S. 187) nennt hierfür das Verschweigen von Tatsachen, die der Schuldner zwar nicht kannte, die er aber hätte kennen müssen (§§ 122 Abs. II, 307, 694 BGB) oder die er infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (§§ 503 Abs. II, 524 Abs. II BGB). Auch diese Nebenpflichten des Schuldners ergeben sich wie die reinen Anzeigepflichten aus dem Grundsatze von Treu und Glauben.

Wie bei den reinen Anzeigenpflichten ist Gegenstand der Prüfung und Erkundigung und der nachfolgenden Anzeige sowohl das Vorliegen von Leistungshindernissen als auch das Vorliegen von Mängeln der zu liefernden Sachen. So hätte der Schleppschiffahrtsunternehmer sich in dem Beispiel Seite 32, sofern ihm das Stranden des Schiffes nicht bekannt gewesen wäre, erkundigen müssen und dem Gläubiger das Leistungshindernis mitteilen müssen. Ebenso hätte der Apfelverkäufer in dem Beispiele auf Seite 3 vor Lieferung die Beschaffenheit der Aepfel prüfen und im Falle der Feststellung der Wurmstichigkeit dem Gläubiger diese anzeigen müssen. Der Verkäufer kranker Tiere hätte den Gesundheitszustand notfalls unter Zuhilfnahme eines Tierarztes prüfen und dem Käufer die festgestellten Krankheiten mitteilen müssen, damit dieser in die Lage versetzt wurde, für die Unterbringung der kranken Tiere geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die seinen Tierbestand vor Ansteckung schützten.

Ob Fälle positiver Vertragsverletzungen durch die Anwendung derartiger Anzeige- oder Erkundigungspflichten gelöst werden können, hängt davon ab, ob im Einzelfalle die Verletzung einer solchen Pflicht für die Entstehung des Schadens ursächlich gewesen ist. Der ursächliche Zusammenhang wird immer dann zu bejahen sein, wenn es dem Gläubiger bei rechtzeitiger Erfüllung der Prüfungs- und

Anzeigepflicht möglich gewesen wäre, den Schaden durch entsprechende Maßnahmen ganz oder teilweise abzuwenden. Ist dies nicht der Fall, wäre also der Schaden auch bei Erfüllung dieser Pflichten entstanden oder war er schon entstanden, bevor der Schuldner zur Anzeige oder Erkundigung verpflichtet war, dann können die betreffenden Fälle positiver Vertragsverletzungen nicht mit Hilfe der genannten Nebenpflichten gelöst werden.

### C. Exkursus: culpa in contrahendo.

Nicht nur bei der Abwicklung von Schuldverhältnissen, bei der Erfüllung der sich aus ihnen ergebenden Verbindlichkeiten, hat der Schuldner gewisse Sorgfaltspflichten der oben dargelegten Art zu beobachten. Wissenschaft und Rechtsprechung haben solche Pflichten schon für die Zeit des Abschlusses von Verträgen aufgestellt. Im Gegensatze zu den bisher behandelten Pflichten, die bei der Erfüllung von Schuldverhältnissen zu beobachten sind, die man also Pflichten in solvendo nennen kann, nannte man diese Sorgfaltspflichten Pflichten in contrahendo. Ihre Verletzung wird allgemein als culpa in contrahendo bezeichnet.

Das BGB kennt eine Haftung des einen über den Abschluß eines Vertrages verhandelnden Teiles für Schäden, die dem anderen Teile beim Abschluß dieses Vertrages durch Verletzung von Sorgfaltspflichten zugefügt worden sind, nur in Fällen, in denen kein gültiger Vertrag zustande gekommen ist (§§ 119, 122, 179, 307, 309 BGB). Für diese Fälle und nur für sie prägte Jhering, der diese Lehre durch seine Untersuchungen (in Dogm. Jhrb. 4 S. 1 ff.) begründet hat, den Ausdruck culpa in contrahendo. Die Regelung des BGB ist der Jheringschen Lehre im wesentlichen gefolgt.

Die Rechtsprechung und ihr folgend die Rechtslehre haben eine solche Haftung auch in Fällen anerkannt, in denen ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist. Die Haftung beruht in diesen Fällen nicht auf ausdrücklichen Gesetzesvorschriften. Das Reichsgericht hat sie aus dem Grundsatze von Treu und Glauben hergeleitet und dem einen Vertragsteile einen Anspruch auf Schadensersatz zugebilligt, wenn ihm dadurch ein Schaden zugefügt worden ist, daß der andere Teil ihm Umstände schuldhaft verschwiegen oder unrichtig angegeben hat, von denen er sich sagen mußte, daß sie für die Willensentschließungen des Vertragsgegners von wesentlicher Bedeutung sein mußten (vergl. RG in JW 1912/743; RGE 103/47 ff.; RGE 95/58 ff.; 97/325 ff.; 107,357 ff.). Das Reichsgericht begründet die Haftung mit § 276 BGB. Es führt in der Entscheidung in JW 1912/743 aus, daß die auf dem Grundsatze von Treu und Glauben beruhende Rechtspflicht zur Kundgabe gewisser Tatsachen in gleicher Weise vor und nach Abschluß des Vertrages bestünde. Die Verletzung dieser Pflicht mache den Schuldner für den Schaden verantwortlich, der dem Gläubiger durch das Verschweigen entstanden sei. Dies folge,

soweit das Verschulden dem Vertragsschlusse nachgefolgt sei, aus § 276 BGB. Das Reichsgericht nimmt dann auf seine oben bereits erörterte Ansicht über die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung Bezug. Es führt weiter aus, es trage kein Bedenken, diese Grundsätze auch auf die Pflichten bei Abschluß des Vertrages anzuwenden.

Daraus folgt, daß bei der Frage der Haftung wegen culpa in contrahendo im Grunde dieselben Fragen auftauchen, die bereits bei der Haftung wegen positiver Vertragsverletzung erörtert werden mußten. Gegen die Begründung der Haftung wegen culpa in contrahendo mit § 276 BGB sprechen daher die gleichen Argumente wie gegen die Begründung der Haftung wegen positiver Vertragsverletzung. Ich darf mich daher an dieser Stelle mit einem Hinweis auf die Darlegungen der Seite 14 ff. begnügen.

Gegen eine Heranziehung von § 276 BGB zur Lösung der Fälle der culpa in contrahendo haben sich von Schriftstellern, um nur einige zu nennen, ausgesprochen: Enneccerus I 2 § 266 III S. 140; Leonhard Lehrbuch § 286 S. 554 S. 554; Brecht Dogm. Jhrb. 53/282.

Leonhard hat a. a. O. eingehend dargelegt, daß die Haftung wegen culpa in contrahendo bei gültigen Verträgen auf dem Vertrage beruht. Seiner Ansicht nach beginnen die vertraglichen Pflichten bereits im Stadium des Vertragsschlusses. Es müsse daher analog der Erfüllungsschuld das Vertragsrecht gelten (a. a. O. S. 552, 553).

Den widerstreitenden Meinungen in der Literatur im einzelnen nachzugehen, würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen. Es genügt die Feststellung, daß eine Haftung wegen culpa in contrahendo bei gültigen Verträgen nach den Grundsätzen der Vertragspflichtverletzung behandelt und mit den Vorschriften der §§ 275 ff. BGB gelöst werden muß. Mit Leonhard ist davon auszugehen, daß die vertraglichen Pflichten schon im Stadium des Vertragsabschlusses, also schon mit Beginn der Vertragsverhandlungen, wirksam werden. Der Schuldner hat daher die oben näher dargelegten Prüfungs- und Anzeigepflichten nicht erst nach Abschluß des Vertrages zu erfüllen, sondern bereits mit Beginn der Vertragsverhandlungen. Verletzt er sie schuldhaft, dann ist dieses Verhalten genau so zu werten wie die Verletzung einer der oben genannten Pflichten. Es gilt daher von den unter B. erörterten Anzeigepflichten im Ergebnis das gleiche, wie es bereits von den unter A. dargelegten Erhaltungspfichten oben Seite 38 f. gesagt ist. Die Beobachtung beider Arten von Nebenpflichten liegt dem Schuldner nicht erst nach der Perfektion des Vertrages ob, sondern bereits mit Beginn der Vertragsverhandlungen. Die Haftung wegen culpa in contrahendo ist also keine Haftung sui generis, sondern ein Fall der Haftung wegen schuldhafter Verletzung einer Leistungspflicht, und zwar einer der unter B. oben Seite 39 ff. erörterten Anzeigepflichten.

Vom Standpunkte der überwiegenden Meinung, die eine derartige Auffassung nicht billigt, ergibt sich für die Frage der vorliegenden Arbeit, ob der Begriff der positiven Vertragsverletzung

erforderlich sei, folgendes: Als nicht unter den Begriff der positiven Vertragsverletzung fallend scheiden alle Fälle aus, in denen der Schuldner sich bei Abschluß des Vertrages bereits pflichtwidrig benommen hat. Hätte also der Schleppschiffahrtsunternehmer in dem oben Seite 32/41 mitgeteilten Falle bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt feststellen können, daß sein Dampfer bereits in dem Augenblicke auf Grund gelaufen war, in dem er mit dem Gläubiger den Schleppvertrag abschloß, dann haftet er für seine Pflichtverletzung (Unterlassen der gehörigen Prüfung der Gebrauchsfähigkeit des Schiffes und Anzeige dieses Umstandes) nach den Gesichtspunkten der culpa in contrahendo. Ebenso ist es bei der Mehrzahl der bereits genannten Beispiele, wenn die Mängel und Fehler sowie die Leistungshindernisse schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden waren, der Schuldner sie bei gehöriger Prüfung und Erkundigung hätte erkennen müssen und bei rechtzeitiger Anzeige eine Schädigung des Gläubigers nicht eingetreten wäre.

Allerdings ist hierbei immer darauf zu achten, daß die geschuldete Leistung trotz der schon bei Vertragsschluß vorhandenen Fehler und Mängel noch möglich ist, daß also nicht etwa der Vertrag auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet und deshalb nach § 306 BGB nichtig ist. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn der Gläubiger das Schleppschiff für die nächsten beiden Tage gemietet hätte, der Schuldner sich also verpflichtet hätte, das gebrauchsfähige Schiff mit voller Besatzung zur Verfügung zu stellen. Wenn das Schiff in diesem Falle bereits zur Zeit des Vertragsschlusses leck und gebrauchsunfähig gewesen wäre, dann kann von der oben geschilderten Haftung keine Rede sein, da der Vertrag nach § 306 BGB nichtig sein und der Tatbestand des § 307 BGB vorliegen würde.

Von diesen Fällen abgesehen, kann aber die Lehre von der Haftung wegen culpa in contrahendo in einer Reihe von Tatbeständen die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung überflüssig machen.

### c) Die Art der Verletzung der schuldrechtlichen Pflichten.

Die bisherigen Erörterungen auf den Seiten 29 ff. galten der Untersuchung der ersten von den drei oben (Seite 28) gestellten Fragen, ob der Schuldner eine Pflicht verletzt hat und worauf diese Pflicht ging. Es muß nunmehr in eine Erörterung der zweiten dort gestellten Frage eingetreten werden, wie er sie verletzt hat.

Unter Verletzung einer Verbindlichkeit kann nur ihre Nichterfüllung verstanden werden. Wie schon oben angedeutet worden ist, kann diese Nichterfüllung in zweifach verschiedener Weise geschehen: Entweder ihre Erfüllung ist unmöglich geworden, dann liegt Unmöglichkeit der Leistung vor. Oder aber die Erfüllung der Verbindlichkeit kann noch nachträglich erfolgen, dann liegt nur Verzug vor, der eingetretene Schaden ist Verspätungsschaden.

Daraus ergibt sich, daß bei der Verletzung der in der vorstehenden Darlegungen untersuchten Prüfungs- und Anzeigepflichten und Erhaltungspflichten jeweils unterschieden werden muß, ob die Erfüllung der Vertragspflicht noch nachgeholt werden kann oder nicht.

Bei den Erhaltungspflichten wird die geschuldete Erhaltung in den meisten Fällen nicht mehr nachholbar sein, da der Schuldner, der einer Leistungserhaltungspflicht hinsichtlich seiner rechtlichen Leistungsfähigkeit zuwider den Leistungsgegenstand z. B. verpfändet hat, die geschuldete Erhaltung ebensowenig nachholen kann, wie derjenige, der bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit andere Rechtsgüter des Gläubigers zerstört hat. In diesen Fällen würde also Unmöglichkeit der Erfüllung der Erhaltungspflicht vorliegen, der dem Gläubiger zu ersetzende Schaden wäre Unmöglichkeitsschaden.

Daß bei der Verletzung von Erhaltungspflichten auch Verzug vorliegen könne, hat Siber (bei Planck S. 187) ausgeführt. Er meint, dies sei dann der Fall, wenn der Gegenstand der Erhaltungspflicht trotz der Pflichtverletzung des Schuldners zwar erhalten geblieben sei, aber mit einem dem Gläubiger ungünstigeren Erfolge, der darin bestehen könne, daß der Gläubiger selbst z. B. zur Herbeiführung der Erhaltung Kosten aufgewendet habe oder daß eine Gefährdung vorangegangen sei, die einen bleibenden Schaden verursacht habe. Derartige Fälle sind zwar denkbar, sie werden jedoch seltener sein. Im Regelfalle wird es sich um Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsschaden handeln.

Dabei ist es völlig gleichgültig, ob der Schuldner seiner Erhaltungspflicht durch Tun oder Unterlassen, durch positives oder negatives Verhalten, zuwiderhandelt. Es gilt also hier das gleiche wie bei der verschuldeten Unmöglichkeit einer Hauptpflicht. Die Erfüllung der Verkäuferpflicht auf Lieferung eines Pferdes kann infolge einer schweren Mißhandlung des Tieres, also eines positiven Verhaltens, aber auch infolge des Unterlassens der Abwendung einer Krankheit durch geeignete Maßnahmen, also eines negativen Verhaltens, unmöglich werden. Ebenso kann die Leistungserhaltungspflicht des Werkunternehmers, um nur ein Beispiel zu nennen, dadurch unmöglich gemacht werden, daß der Schneider den Diebstahl des Stoffes durch mangelhafte Verwahrung ermöglicht oder daß er durch Verkauf und Uebereignung an einen Dritten eine Unterschlagung begeht. Sein positives Tun auf der einen und sein negatives Unterlassen auf der anderen Seite ist für die Frage nach der Art der Verletzung seiner Verbindlichkeit völlig gleich zu werten.

Im Gegensatz zu den Erhaltungspflichten wird die endgültige Unmöglichkeit der Erfüllung von Anzeigepflichten recht selten sein. Siber vertritt (bei Planck S. 188) den Standpunkt, der geschuldete Erfolg, die Kenntnisübermittlung an den Gläubiger, könne nicht unmöglich werden. Er nennt als einzige Ausnahme von diesem Grundsatze das Vorliegen einer absoluten Zeitbestimmung. Dieser Ansicht dürfte zu folgen sein.

Der eingetretene Schaden ist also Verspätungsschaden. Er tritt ein, weil die geschuldete Anzeige oder die geschuldete Prüfung und Anzeige an den Gläubiger unterblieben ist. Positive Handlungen können in diesen Fällen grundsätzlich überhaupt nicht ursächlich für die Entstehung des Schadens sein.

Ist eine Anzeigepflicht verletzt oder hat der Schuldner gegen eine Erhaltungspflicht in der Weise verstoßen, daß die Erfüllung der Erhaltungspflicht noch nachholbar ist, dann kann, wie bereits hervorgehoben ist, eine Schadensersatzpflicht nur auf die §§ 284 ff. BGB gestützt werden. Voraussetzung für die Entstehung des Schadensersatzanspruches ist, daß der Schuldner sich im Verzuge befindet und daß er den Verzug zu vertreten hat (§ 285 BGB). Verzug liegt nach § 284 BGB dann vor, wenn der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit nicht erfüllt, nachdem der Gläubiger ihn gemahnt hat.

Die Frage, ob der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat, betrifft den inneren Tatbestand, sie kann also hier bei der Erörterung nach dem Vorliegen des äußeren Tatbestandes außer Betracht bleiben.

Daß die Leistung fällig ist, muß auch unterstellt werden. Im allgemeinen wird der Gläubiger die Erfüllung der Prüfungs- und Anzeigepflichten alsbald nach Abschluß des Vertrages verlangen können, soweit es sich nicht um Anzeigepflichten bei Abschluß des Vertrages (culpa in contrahendo) handelt, während er die Erfüllung der Erhaltungspflichten schon während der Vertragsverhandlungen verlangen kann (vergl. oben Seite 38 f.).

Schwierigkeiten bereitet nur das Tatbestandsmerkmal der Mahnung, die nur in den seltensten Fällen vorliegen wird. Obwohl das Gesetz keine Handhabe dafür bietet, in den gegebenen Fällen von diesem Erfordernisse abzusehen, erheischt das Bedürfnis des Verkehrs, daß der Tatbestand des Verzuges auch ohne eine vorherige Mahnung eintritt.

So meint denn auch Siber (a. a. O. S. 188), daß in diesen besonderen Fällen der Verzug ohne Mahnung eintritt. Nach dem Inhalte der geschuldeten Leistung sei das Erfordernis der Mahnung zweckwidrig, da der Gläubiger bei Nichterfüllung einer Anzeigepflicht immer erst dann mahnen könne, wenn er die anzuzeigende Tatsache bereits von anderer Seite erfahren habe, wenn die Anzeigepflicht also bereits durch Zweckerreichung erloschen sei. Die Mahnung müsse daher unterbleiben, weil sie untunlich sei (Siber a. a. O. S. 273).

Ebenso v. Tuhr ( I S. 256), nach dessen Ausführungen die Mahnung dann unnötig sein soll, wenn sich aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses nach § 242 BGB ergibt, daß der Verpflichtete auch ohne vorherige Aufforderung seitens des Berechtigten tätig werden muß.

Zustimmend auch Schöller (bei Gruchot 46/25, Anmerkg. 28).

Diesen Ansichten dürfte aus dem schon oben angeführten Grunde beizutreten sein, daß das Verkehrsbedürfnis die Haftung des Schuldners

unabhängig von einer vorherigen Mahnung verlangt. In den Fällen, in denen Anzeigepflichten derart verletzt worden sind, daß ihre nachträgliche Erfüllung zwar noch möglich, aber durch ihre nicht rechtzeitige Erfüllung dem Gläubiger ein Schaden entstanden ist, liegt demnach Verzug vor. Der Schaden des Gläubigers ist nach den Grundsätzen über den Schuldnerverzug zu ersetzen. Das gleiche gilt in Ausnahmefällen auch von Erhaltungspflichten (vergl. Seite 45).

### d) Die Rechtsfolgen der Verletzung der Schuldpflichten.

In den bisherigen Ausführungen unter a) bis c) (oben Seite 29 ff.) ist der Tatbestand der schuldrechtlichen Pflichtverletzungen untersucht worden, die von der herrschenden Lehre als positive Vertragsverletzungen bezeichnet zu werden pflegen. Es muß nunmehr noch auf die von der Rechtsordnung an diese Tatbestände angeknüpften Rechtsfolgen eingegangen werden. In diesem Abschnitte muß daher insbesondere Art und Umfang des vom Schuldner dem Gläubiger zu ersetzenden Schadens erörtert werden. Außerdem soll noch auf die Frage der Beweislastverteilung eingegangen werden, obgleich diese Frage streng genommen keine Rechtsfolge der genannten Tatbestände ist.

Nach den Ausführungen unter c) (oben Seite 44 ff.) müssen auf die Tatbestände der Vertragsverletzungen die Vorschriften der §§ 280, 284 ff. BGB angewandt werden. Nach § 280 BGB hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen. Nach § 286 BGB hat der Schuldner den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen.

Unter Schaden wird der Unterschied verstanden zwischen zwei Zuständen und zwar dem früheren, der ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses bestehen würde, und dem späteren (so. z. B. Leonhard, Lehrbuch § 58 S. 136). Schadensersatzanspruch bedeutet demnach das Recht, vom Schuldner verlangen zu können, daß dieser Unterschied beseitigt wird. In § 249 BGB ist deshalb bestimmt worden, daß der zum Schadensersatze Verpflichtete den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Danach ist in erster Linie der ursprüngliche Zustand wiederherzustellen (Naturalrestitution). Diese grundsätzliche Regelung des Gesetzes wird praktisch sehr oft durchbrochen durch die Vorschrift des § 251 BGB, wonach der Gläubiger Ersatz in Geld verlangen kann, wenn die Naturalherstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht ausreichend ist. Dieser als Ausnahme gedachte Fall bedeutet die praktische Regel. Besonders in den Fällen positiver Vertragsverletzungen wird Naturalherstellung nur sehr selten möglich sein. Wenn eine Erhaltungspflicht dadurch verletzt, das heißt unmöglich geworden ist, daß der Schuldner z. B. keine Schutzgitter über den Luftschächten seines Lokales angebracht hat und die Gäste dadurch

körperlich verletzt worden sind, dann ist eine Naturalherstellung nicht möglich. Sie würde bedeuten, daß die körperliche Integrität der Gäste wiederhergestellt wird. Hierzu ist jedoch nur die Natur unter Umständen bei ärztlicher Hilfe imstande. In diesen und ähnlichen Fällen wird also nur ein Schadensersatz in Geld in Frage kommen.

Auch bei der Verletzung von Anzeigepflichten ist nur Schadensersatz in Geld angebracht. Hat z. B. der Besitzer eines Stieres infolge mangelhafter Prüfung der Verfassung dieses Tieres die Beschädigung der zum Decken gebrachten Kühe verschuldet, dann ist eine Naturalherstellung gleichfalls nicht möglich.

Bei der Frage nach dem Umfang des zu ersetzenden Schadens ist auszugehen von der Fassung des Gesetzes: „der durch die Nichterfüllung, der durch den Verzug entstehende Schaden" (§§ 280, 286 BGB). Es ist also regelmäßig danach zu fragen, wie der Gläubiger stehen würde, wenn die betreffende Pflicht nicht verletzt, d. h. gehörig erfüllt worden wäre. Es handelt sich also immer um sogenannten Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder positives Interesse. Dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist jedoch nur zu leisten wegen Nichterfüllung der betreffenden Verbindlichkeit, also der nicht oder nicht vertragsmäßig erfüllten Neben- oder auch Hauptpflicht. Dagegen kann der Gläubiger nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung der vertraglichen Hauptpflicht verlangen, wenn die positive Vertragsverletzung sich nur als Verletzung einer Nebenpflicht darstellt.

Der Gläubiger ist nicht so zu stellen, wie er stehen würde, wenn von der betreffenden Pflicht nie die Rede gewesen wäre (negatives Interesse). Eine derartige Haftung ist schon rein begrifflich nicht konstruierbar, da die Vertragspflichten nach Treu und Glauben mit Abschluß des Vertrages oder schon mit Beginn der Vertragsverhandlungen entstanden sind und nicht hinweggedacht werden können. Das gleiche gilt übrigens auch für die Fälle der culpa in contrahendo. Wenn in diesen Fällen nach herrschender Ansicht dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch wegen negativen Interesses zugebilligt wird (vergl. z. B. RG in RGE 103/50; Leonhard Lehrbuch § 143 S. 312), wenn er also so zu stellen ist, als wenn vom Vertrage nie die Rede gewesen wäre, dann ist dies im Grunde dasselbe. Es ist oben (Seite 13) bereits die Ansicht vertreten worden, daß die Fälle der culpa in contrahendo nichts anderes sind als Verletzungen von Anzeigepflichten, die nicht erst mit dem Zustandekommen des Vertrages, sondern bereits mit Beginn der Vertragsverhandlungen zur Entstehung kommen. Sind diese Anzeigepflichten verspätet erfüllt worden (vergl. oben Seite 46), dann kann der Gläubiger Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung dieser Anzeigepflicht verlangen. Da er sich bei rechtzeitiger Erfüllung der Anzeigepflicht nie auf den Vertrag eingelassen haben würde, kann er verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die Verbindlichkeit rechtzeitig erfüllt worden wäre. Dieser Zustand ist allerdings der gleiche,

den er nach dem ihm von der herrschenden Lehre zugebilligten negativen Interesse ersetzt verlangen kann. Aber auch in diesem Falle kann nur die richtige Fragestellung nach dem durch die verspätete Erfüllung der Anzeigepflicht entstandenen Schaden zu einer haltbaren rechtlichen Begründung des Umfanges der Schadensersatzpflicht führen.

Daraus ergibt sich, daß das sogenannte negative Interesse, das manche dem Gläubiger nur zubilligen wollen, in Wirklichkeit positives Interesse ist, sofern man nur dem Tatbestande der Schuldpflichtverletzung auf den Grund geht.

Die Bezieher schlechter Ware, denen ein Schaden dadurch entstanden ist, daß diese Ware (z. B. die wurmstichigen Aepfel, die kranken Tiere, die schädlichen Behältnisse) gute Ware des Beziehers verdorben hat, können die Vergütung für die schlechte Ware nach den Grundsätzen der §§ 459 ff. BGB zurückverlangen. Wegen des Schadens, der ihnen durch die Ansteckung und den Verderb an ihren eigenen Waren oder sonst durch Verdienstausfall entstanden ist, können sie Schadensersatz nach den eben erörterten Grundsätzen verlangen. Auch der Maler, der bei der Ausführung seiner Arbeiten andere Sachen des Gläubigers beschädigt oder zerstört hat, haftet nach den gleichen Grundsätzen, nach denen auch die Mehrzahl der in den Beispielen der Arbeit genannten Schuldner zum Ersatz verpflichtet ist. Darüber wird im einzelnen noch zu handeln sein.

Neben der Frage nach Art und Umfang des zu ersetzenden Schadens hat die Frage nach der Verteilung der Beweislast eine große praktische Bedeutung.

Die Beweislastverteilung behandelt die Frage danach, welche Partei im Rechtsstreit gewisse Tatsachen „beweisen muß". Dies bedeutet nicht, daß eine Pflicht zum Beweise besteht, vielmehr ergibt sich aus der Unmöglichkeit, einen Beweis zu erbringen, nur der Rechtsnachteil, daß die betreffenden Parteibehauptungen nicht als wahr angesehen und verwertet werden können. Diese Folge wird in vielen Fällen den Prozeßverlust bedeuten.

Beweisbelastet ist im Prozesse grundsätzlich der Kläger für alle Tatsachen, auf denen sein Klageanspruch beruht, aus denen der geltend gemachte materielle Anspruch entsteht; der Kläger trägt also die Beweislast hinsichtlich der klagebegründenden Tatsachen. Bei einer Klage auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzungen gehört zum Klaggrunde, daß eine Vertragspflicht schuldhaft verletzt und dadurch dem Kläger ein Schaden erwachsen ist.

Hinsichtlich des äußeren Tatbestandes muß der Kläger (= Gläubiger) also beweisen, daß den Beklagten (= Schuldner) eine Verbindlichkeit bestimmten Inhaltes traf, daß er diese nicht erfüllt hat, sei es daß ihre Erfüllung unmöglich geworden ist, sei es, daß sie nur verspätet erfüllt ist, und daß ihm infolgedessen ein Schaden in bestimmter Höhe entstanden ist. Zustimmend: Leonhard Lehrbuch § 80 S. 179; Beweislast S. 312. Genau so ist es, wenn der Gläubiger in der Rolle des Beklagten erscheint. Wendet er z. B. gegenüber der

Kaufpreisklage ein, die Ware habe ihm durch ihre schlechte Beschaffenheit einen Schaden zugefügt, so muß er gleichfalls die oben bezeichneten Tatsachen behaupten und beweisen.

Nach dem allgemeinen Grundsatze, daß der Kläger die klagebegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen habe, müßte der Kläger, der irgendwelche Rechte aus einer positiven Vertragsverletzung des Beklagten herleiten will, auch das Vorliegen des zum Klagegrunde gehörenden inneren Tatbestandes beweisen. Er müßte demnach beweisen, daß der Beklagte (= Schuldner aus einem der in den §§ 276 bis 279 BGB einzeln aufgeführten Gründen die Pflichtverletzung zu vertreten habe. Von diesem Grundsatze hat das Gesetz jedoch in den §§ 282 und 285 BGB eine abweichende Regelung getroffen. Nach § 282 BGB trifft den Schuldner die Beweislast, wenn streitig wird, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ist. Beim Verzuge muß gleichfalls der Schuldner den Beweis dafür erbringen, daß die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben sei, den er nicht zu vertreten habe. Diese Regelung der Beweislastverteilung beim Verzuge ergibt sich aus der Fassung von § 285 BGB. Da das Gesetz zunächst in § 284 BGB den Tatbestand des Verzuges allgemein bestimmt hat und in § 285 BGB dann der Fall geregelt hat, in dem der Schuldner nicht in Verzug kommt, stellt die Regelung in § 285 BGB eine Ausnahme dar, deren Vorliegen derjenige beweisen muß, der sich darauf beruft.

Soweit die Fälle positiver Vertragsverletzungen sich als Verletzungen der oben erörterten Haupt- oder Nebenpflichten darstellen, — wieweit das der Fall ist, muß noch geprüft werden —, hat also der Gläubiger den äußeren und der Schuldner den inneren Tatbestand zu beweisen und zwar ohne Rücksicht auf die jeweilige Parteirolle im Prozesse.

Eine abweichende Ansicht wird vom Reichsgericht in Uebereinstimmung mit einem Teile des Schrifttums — z. B. Leonhard Lehrbuch S. 544; Beweislast S. 336 - vertreten. Nach dieser Ansicht trifft den Gläubiger die Beweislast dafür, daß der Schuldner die Vertragsverletzung zu vertreten habe (RG in JW 1908 237; 1912 682; 1923/286). Diese Ansicht des Reichsgerichts ist aus seinem bereits oben erwähnten Standpunkte zu erklären, daß die Fälle der positiven Vertragsverletzungen mit § 276 BGB zu lösen seien. Im praktischen Endergebnis wird sich allerdings die Ansicht des Reichsgerichts mit der oben vertretenen Auffassung decken, da der Gläubiger nach Ansicht des Reichsgerichts seiner Beweislast schon durch Darlegung eines Sachverhalts genügt, der nach dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge auf ein Verschulden des anderen Vertragsteils hinweist. Wenn auf diese Weise der Gläubiger prima facie Beweis erbracht habe, müsse der Schuldner sich entlasten (RG in JW 1923/286).

Die Ansicht des Reichsgerichts ist soweit unzutreffend, als die Fälle der positiven Vertragsverletzungen sich als Verletzungen der oben erörterten Pflichten darstellen. Wieweit dies der Fall ist

und wie die Beweislastverteilung vorzunehmen ist in den übrigen Fällen, kann erst unten erörtert werden.

### e) Zusammenfassung.

In der Darstellung unter 2 (Seite 27 ff.) hat sich ergeben, daß zahlreiche Fälle positiver Vertragsverletzungen sich mit Hilfe der im BGB normierten Begriffe Unmöglichkeit und Verzug lösen lassen. Voraussetzung für eine richtige Lösung dieser Fälle ist immer, daß die grundlegende Frage nach dem Tatbestande der Pflichtverletzung gestellt wird und daß insbesondere danach gefragt wird, was für eine Pflicht verletzt ist und wie diese Verletzung erfolgte.

Die bisherigen Erörterungen haben jedoch nur ergeben, daß zahlreiche Fälle positiver Vertragsverletzungen auf diese Weise mit dem im Gesetze gegebenen Normen gelöst werden können. Für die Beantwortung der Frage der vorliegenden Arbeit, ob der Begriff der positiven Vertragsverletzung erforderlich ist, ist jedoch danach zu fragen, ob alle Fälle positiver Vertragsverletzungen auf diese Weise gelöst werden können. Gelingt es, dies nachzuweisen, dann erscheint der Begriff der positiven Vertragsverletzung in der Tat überflüssig (vergl. oben Seite 22). In die Erörterung dieser Frage muß nunmehr eingetreten werden.

Zu diesem Zwecke muß untersucht werden, ob alle in den vorliegenden Arbeit genannten Fälle positiver Vertragsverletzungen durch die Anwendung der §§ 280, 284 ff. BGB auf die dargestellten Haupt- und Nebenpflichten des Schuldners gelöst werden können.

Daß von den oben Seite 2 f. angeführten Beispielen Staubs die zu 1, 4, 5 nach der herrschenden Lehre mit Recht nicht als positive Vertragsverletzungen angesehen werden, weil es sich in diesen Fällen um Unmöglichkeit der Erfüllung von Unterlassungspflichten handelt, ist schon oben (Seite 5 f.) eingehend dargelegt worden.

Bei Beispiel Nr. 2 handelt es sich um die Verletzung einer Anzeigepflicht, und zwar einer reinen Anzeigepflicht, da der Schuldner die gefährliche Beschaffenheit der Ware kannte und nur die Mitteilung dieser Eigenschaft verabsäumt hat. Die Verletzung stellt sich nur als Verzug dar, weil die Erfüllung der Anzeigepflicht jederzeit nachholbar, die fällige Leistung jedoch nicht erfüllt ist. Da eine Mahnung des Gläubigers für den Tatbestand des Verzuges in diesen besonderen Fällen nicht notwendig ist (vergl. oben Seite 46), hat der Schuldner den durch die Unterlassung der Anzeige entstandenen Schaden nach § 286 BGB zu ersetzen.

Um die Verletzung der gleichen Pflicht handelt es sich in Beispiel 3, wenn der Agent es verabsäumt, von der Zahlungsfähigkeit der von ihm gewonnenen Kunden Anzeige zu erstatten, sofern ihm die Zahlungsfähigkeit (oder besser Zahlungsunfähigkeit) des Kunden bekannt war. War dies nicht der Fall, dann liegt nur die Verletzung einer Prüfungs- und Anzeigepflicht vor, wenn unter den gegebenen Verhältnissen dem Agenten eine solche Prüfung zugemutet werden konnte.

Um die Verletzung dieser letzteren Pflicht handelt es sich im Beispiel Nr. 7. Der Apfelverkäufer mußte die Beschaffenheit der von ihm verkauften Aepfel prüfen und das Ergebnis dem Käufer mitteilen. Da er dies unterlassen hat, muß er dem Käufer den dadurch entstandenen Schaden nach § 286 BGB ersetzen. Daß in diesen Fällen Verzug und nicht Unmöglichkeit vorliegt, ist schon zu Beispiel Nr. 2 ausgeführt worden. Das gleiche gilt auch in dem vorliegenden Falle.

Im Beispiele Nr. 8 handelt es sich um Gattungsschulden, also um Schuldverhältnisse, die in der vorliegenden Arbeit nicht untersucht werden sollen. Es sei daher nur kurz erwähnt, daß es sich in diesen Fällen um Verletzungen der von Siber aufgestellten Hauptpflichten des Verkäufers zur Lieferung mangelfreier Sachen (vergl. oben Seite 29 f.) handelt.

Die Beispiele Nr. 6 und 9 sollen an späterer Stelle untersucht werden.

Bei den Seite 3 f. genannten Beispielen sind Erhaltungspflichten der Leistungsfähigkeit des Schuldners verletzt, die darauf gingen, die persönliche Integrität des Gläubigers beim Betreten des Theaters und die Möglichkeit der Erfüllung seiner Pflicht, eine ungestörte Benutzung der Wohnräume zu gewährleisten, zu erhalten und zu bewahren. Da eine nachträgliche Erfüllung der Erhaltungspflichten nicht mehr möglich ist, liegt Unmöglichkeit ihrer Erfüllung vor, der zu ersetzende Schaden hat mithin seinen Rechtsgrund in § 280 BGB.

Der Schleppschiffahrtsunternehmer in dem auf Seite 4 genannten Beispiele hat eine Anzeigepflicht des eingetretenen Leistungshindernisses verletzt. Darauf ist bereits oben Seite 41 hingewiesen worden. Wie bei allen verletzten Anzeigepflichten liegt auch in diesem Falle nicht Unmöglichkeit sondern Verzug vor.

Ebenso ist bereits oben (Seite 38) darauf hingewiesen worden, daß der Maler in dem Beispiele Sibers (oben Seite 4) eine Erhaltungspflicht verletzt hat. Da die Erfüllung dieser Erhaltungspflicht nachträglich nicht mehr möglich ist, liegt in diesem Falle Unmöglichkeit vor.

In dem oben Seite 10, 48 erwähnten Beispiele Lehmanns verletzt der Stierbesitzer eine ihm obliegende Prüfungspflicht, nach der er verpflichtet war, seinen Stier untersuchen zu lassen, bevor er ihn zum Decken fremder Kühe verwandte. Allerdings könnte es sich in diesem Falle auch um die Verletzung einer Erhaltungspflicht handeln, und zwar um die Verletzung einer Leistungserhaltungspflicht. Das Decken fremder Kühe wird regelmäßig auf Grund eines Werkvertrages erfolgen. Es ist bereits oben Seite 36 ausgeführt worden, daß eine derartige Pflicht beim Werkvertrage dann verletzt ist, wenn der Unternehmer die Sache, an der die Werkleistung zu vollbringen ist, beschädigt oder zerstört.

Der Mieter in dem Beispiele Cosacks (oben Seite 25) verletzt, wie bereits oben (Seite 38) erwähnt, eine Erhaltungspflicht, wenn er sich seinen Mitmietern gegenüber so schlecht benimmt, daß diese

ausziehen und die Wohnungen aus diesem Grunde längere Zeit unvermietbar leer stehen.

Bei einer großen Reihe von Beispielen, die in den Untersuchungen über die schuldrechtlichen Haupt- und Nebenpflichten des Schuldners erwähnt sind, erübrigt sich an dieser Stelle eine erneute Erörterung der Frage, was für Pflichten verletzt sind, da diese bereits eingehend geprüft ist (vergl. oben zu 2 a, b Seite 29 ff.).

In allen bisher erwähnten Beispielen handelt es sich also um verspätete Erfüllung oder um Unmöglichkeit der Erfüllung einer der oben untersuchten Haupt- oder Nebenpflichten.

Daß außer diesen Pflichten aber auch andere Nebenpflichten des Schuldners bestehen können, zeigt der oben (Seite 11/31) erwähnte Fall, in dem eine Stadtgemeinde einem ihrer Gläubiger zur Erhebung der Ratenzahlungen für geleistete Arbeiten Quittungsformulare übergeben hatte und der Gläubiger diese Formulare nicht ordnungsgemäß verwahrt hatte, sodaß sie gestohlen worden waren und der Dieb mit Hilfe der gestohlenen und von ihm gefälschten Quittungsformulare Zahlungen von der Stadtgemeinde erhalten hatte. In diesem Falle traf den Gläubiger die Pflicht, die Formulare derart aufzubewahren, daß sie nicht gestohlen und mißbräuchlich verwendet werden konnten. Diese Verwahrungspflicht, die im übrigen auch im Rahmen der Scheckverträge der Banken besteht (vergl. RG in RGE 81/254), ist als eine besondere Art von Nebenpflicht anzusehen, die weder in die Gruppe der Erhaltungspflichten noch in die der Anzeigepflichten eingereiht werden kann. Ihre Verletzung bedeutet Unmöglichkeit ihrer Erfüllung, da eine Nachholung der ordnungsmäßigen Verwahrung nicht mehr möglich ist, nachdem die Quittungsformulare (oder das Scheckheft) gestohlen worden sind, der dem anderen Teile zu ersetzende Schaden ist daher Unmöglichkeitsschaden (§ 280 BGB).

Zu untersuchen sind von den in der vorliegenden Arbeit erwähnten Fällen positiver Vertragsverletzungen noch drei Fälle, und zwar: der auf Seite 3 unter Nr. 6 mitgeteilte Fall Staubs, in dem der Prinzipal seinem Angestellten ein schlechtes Zeugnis ausstellt und ihn auf diese Weise am Fortkommen hindert, der auf Seite 3 unter Nr. 9 erwähnte Bilanzfall und das Beispiel Cosacks (oben Seite 25), in dem der Bahnhofswirt seinem Gaste eine falsche Auskunft über die Abfahrtszeit eines Zuges erteilt.

In diesen Fällen ist eine Lösung der Frage nach dem Rechtsgrunde der Schadensersatzpflicht mit Hilfe der oben erörterten Nebenpflichten des Schuldners nicht möglich.

Anzeigepflichten liegen nicht vor. Der Gesellschafter und der Bahnhofswirt hätten zwar bei gehöriger Prüfung (der Bücher und des Fahrplanes) feststellen müssen, daß ihre Angaben nicht der wirklichen Sachlage entsprachen. Daraus folgte jedoch nicht eine Pflicht zur Prüfung und zur Anzeige, da eine solche Pflicht nur hinsichtlich des Vorliegens von Leistungshindernissen oder Mängeln der zu liefernden Sachen anerkannt werden kann (vergl. oben Seite 40).

Ferner liegen auch Erhaltungspflichten nicht vor. Gegenstand der geschuldeten Erhaltung könnte in allen genannten Fällen nur das Vermögen der Gläubiger schlechthin sein. Derartige Erhaltungspflichten werden von Planck-Siber (a. a. O. S. 187) anerkannt. Es ist jedoch bereits oben (Seite 37) darauf hingewiesen worden, daß in dem Bilanzfalle wie in dem von Siber erwähnten ähnlichen Falle, in dem der Angestellte das Vermögen seines Arbeitgebers dadurch beschädigt, daß er unbekannte Kunden ohne Bezahlung verschwinden läßt, die Konstruktion einer Erhaltungspflicht hinsichtlich des Vermögens der Gläubiger gezwungen und gekünstelt sein würde. Da auch eine allgemeine Sorgfaltspflicht des Schuldners bei Vornahme der Leistungshandlung, wie sie vom Reichsgericht angenommen worden ist, nicht anerkannt werden kann (vergl. oben Seite 30 f.), im übrigen sich auch besondere Nebenpflichten nur auf diese besonderen Fälle bezüglichen Inhalts nicht „konstruieren" lassen, ist die Lösung dieser Beispiele durch die Anwendung der §§ 280, 284 BGB auf schuldrechtliche Nebenpflichten nicht möglich. Es handelt sich vielmehr um schlechte Erfüllung der geschuldeten Hauptleistung.

### 3. Die Schlechterfüllung.

In den drei Fällen, in denen eine Lösung auf dem bisher eingeschlagenen Wege nicht möglich ist, muß gleichfalls nach dem Tatbestande der Pflichtverletzung gesucht werden.

Der Bahnhofswirt ist verpflichtet, dem Gaste die erbetene Auskunft zu erteilen, der Gesellschafter hat die Bilanz herzustellen, der Prinzipal hat seinem Angestellten ein Zeugnis auszustellen (§ 73 BGB). Diesen Pflichten sind alle drei Schuldner nachgekommen, der Leistungserfolg ist eingetreten, die Auskunft ist erteilt, die Bilanz ist aufgestellt, das Zeugnis ist ausgestellt worden. Das Besondere an diesen Tatbeständen ist jedoch, daß die Leistungen schädliche Nebenwirkungen für die Gläubiger mit sich führen, daß sie schlecht sind im landläufigen Sinne. Daß in diesen Fällen eine Haftung der Schuldner gegeben sein muß, ist sicher. Zweifelhaft ist jedoch der Weg, der zur Konstruktion einer solchen Haftung führen kann.

Was zunächst den Tatbestand der hier zu untersuchenden Fälle angeht, so ist als Kriterium aufzustellen, daß es sich um Fälle handeln muß, in denen die Nebenpflichten der oben dargelegten Art überhaupt nicht oder nur mit unnatürlichem Zwang und Künstelei angewendet werden könnten. Wie schon hervorgehoben, wird es sich dabei regelmäßig um die Fälle handeln, in denen Siber mit einer Erhaltungspflicht hinsichtlich des Vermögens des Gläubigers schlechthin operiert. Daß die oben erwähnten drei Fälle nicht die einzigen sind, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Andererseits ist es nicht möglich, die hierher gehörenden Fälle von den Fällen, in denen die Lösung mit der Anwendung der §§ 280, 284 BGB gefunden werden kann, anders abzugrenzen, als es oben geschehen ist. Daß sich bei einer solchen negativen Ab-

grenzung Zweifel ergeben können über die Beantwortung der Frage, ob der betreffende Tatbestand noch mit Hilfe der eben aufgestellten Pflichten und der §§ 280, 284 BGB gelöst werden kann oder ob bereits einer der als Schlechterfüllung der Hauptleistung anzusehenden Fälle vorliegt, ist unvermeidlich. Zur Rechtfertigung der negativen Abgrenzung sei darauf verwiesen, daß einige Schriftsteller auch den Begriff der positiven Vertragsverletzung selbst auf diese Weise von den durch die Begriffe Unmöglichkeit und Verzug zu lösenden Fällen scheiden (vergl. oben Seite 7). Die Entscheidung der Frage, welche Art der Vertragsverletzung vorliegt, muß im Einzelfalle unter Berücksichtigung der besonderen Eigenart aller Umstände erfolgen, wobei eine Bindung an strenge schematische Regeln nicht möglich ist (vergl. den oben Seite 31 erwähnten Grundsatz Oertmanns).

Aus den bisherigen Betrachtungen folgt, daß es sich bei den hier zu betrachtenden Fällen um solche handelt, in denen der eine Teil eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses bei der Abwicklung der sich aus diesem Rechtsverhältnisse ergebenden Verbindlichkeiten dem anderen Teile durch sein Verhalten einen Schaden zufügt, der bei ordnungsmäßiger Erfüllung der Pflicht nicht entstanden sein würde. Dazu muß ferner noch kommen, daß der Schuldner weder einer der oben (Seite 29 f.) erwähnten Hauptpflichten noch einer Nebenpflicht (vergl. Seite 30 ff.) zuwiderhandelt.

Nunmehr erhebt sich die Frage, nach welcher Rechtsnorm in diesen Fällen die Haftung des Schuldners gegeben ist.

Es handelt sich um die Verletzung schuldrechtlicher Pflichten. Daher müssen zunächst die im BGB für die Fälle der Schuldpflichtverletzung normierten Vorschriften auf ihre Anwendbarkeit untersucht werden. Unter Verletzung einer Schuldpflicht kann ihre Nichterfüllung verstanden werden und zwar entweder derart, daß die Pflicht nicht mehr erfüllt werden kann (Unmöglichkeit) oder daß sie zwar noch nachträglich aber verspätet erfüllt werden kann (Verzug); vergl. oben Seite 46. Die in diesem Teile der Arbeit zu untersuchenden Fälle haben aber gerade das besondere Merkmal, daß der Schuldner seine Leistungspflicht erfüllt hat, daß der Leistungserfolg eingetreten ist (vergl. oben Seite 54). Von Unmöglichkeit oder Verzug kann daher keine Rede sein, eine Lösung mit Hilfe der §§ 280, 284 BGB ist daher nicht möglich.

Damit steht fest, daß keine Gesetzesvorschrift auf die in Rede stehenden Fälle unmittelbar angewendet werden kann. Es bleibt daher zu untersuchen, ob eine Lösung mit Hilfe analoger Anwendung irgendwelcher Gesetzesvorschriften, die ähnliche Fälle ausdrücklich regeln, möglich ist.

„Analogie bedeutet Anwendung eines Rechtssatzes, welchen das Gesetz für einen bestimmten Tatbestand aufstellt, auf einen anderen Tatbestand, der in juristisch relevanten Stücken mit dem ersten Tatbestande übereinstimmt, ihm, wie man zu sagen pflegt, rechtsähnlich ist. Der Rechtsgedanke der Analogie findet seinen Ausdruck in

der Regel: ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio". So v. Tuhr I Einleitung VIII S. 40 ff. Sei ein Rechtssatz infolge seiner engen Fassung durch Auslegung nicht auf einen wesensgleichen anderen Tatbestand anzuwenden oder habe ein Tatbestand außerhalb des Gesichtskreises des Gesetzgebers gelegen und sei deshalb von ihm nicht berücksichtigt worden, dann verlange die Vorstellung vom harmonischen Ganzen der Rechtsordnung, daß neben dem geschriebenen Rechtssatze und nach seinem Vorbilde für den analogen Tatbestand ein entsprechender ungeschriebener Rechtssatz anerkannt werde.

Die herrschende Lehre unterscheidet zwei Arten der Analogie: Gesetzanalogie und Rechtsanalogie. So z. B.: Enneccerus § 53 II 1 S. 117; Hch. Lehmann Allg. Teil des BGB § 8 III S. 47.

Bei der Gesetzesanalogie wird von einem einzelnen Rechtssatze ausgegangen, dessen Grundgedanken unter Ausscheidung aller unwesentlichen Voraussetzungen reiner entwickelt und in dieser Weise geläutert auf Fälle angewandt werden, die unter diesen Grundgedanken fallen und sich von den im Gesetze normierten nur in unwesentlichen und die Regel innerlich nicht berührenden Punkten unterscheiden.

Die Rechtsanalogie geht aus von einer Mehrheit einzelner Rechtsvorschriften. Sie entwickelt aus ihnen (durch Induktionsschluß) allgemeinere Prinzipien und wendet diese auf Fälle an, die unter keine der Gesetzesvorschriften fallen (Enneccerus-Nipperdey I § 53 II 1 b).

Daß die Anwendung der Analogie generell zulässig ist, ist anerkanntes Rechtes (vergl. v. Tuhr, Lehmann, Enneccerus a. a. O.). Das BGB hat dies zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, diesen Satz vielmehr als selbstverständlich fortgelassen, nachdem er in § 1 des I. Entwurfes ausdrücklich vorgesehen gewesen war (Protokolle I. S. 2; Motive S. 15).

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Analogie ist nach den oben dargestellten Grundsätzen demnach, daß das Gesetz den betreffenden Tatbestand nicht ausdrücklich geregelt hat, daß aber wesensgleiche oder ähnliche Fälle im Gesetze ausdrücklich normiert sind, und daß schließlich die im Gesetze geregelten Tatbestände sich von den nicht geregelten (bei der Gesetzesanalogie) in unwesentlichen Punkten unterscheiden, die die Regel nicht berühren, oder daß sich (bei der Rechtsanalogie) aus den im Gesetze gegebenen Vorschriften ein allgemeines Prinzip ergibt, das auf die nicht ausdrücklich normierten Fälle anwendbar ist.

Daraus ist mit v. Tuhr zu folgern, daß die Analogie mit Vorsicht anzuwenden ist. Es ist in jedem Falle darauf abzustellen, ob das vom gesetzlich geregelten Tatbestande abweichende Tatbestandsmerkmal nur unwesentlich ist oder ob es besondere Bedeutung hat. Im letzteren Falle ist die Analogie nicht zulässig; aus dem gesetzlich regelten Tatbestande kann sich im Gegenteil ein argumentum e contrario ergeben. Wann der eine oder der andere Fall vorliegt,

muß im Einzelfalle eine unter Würdigung aller Umstände erfolgende Untersuchung des Einzelfalles ergeben.

Die erste Voraussetzung für eine Analogie ist in den hier zu untersuchenden Fällen gegeben, da wie oben bereits erwähnt keine ausdrückliche Gesetzesvorschrift unmittelbar anwendbar ist. Es muß daher nunmehr geprüft werden, ob und welche ähnlichen Fälle im Gesetze normiert sind, und ob aus diesen Vorschriften ein allgemeines Prinzip abgeleitet werden kann, das zur Lösung der zu untersuchenden Fälle geeignet ist.

Von Rechtssätzen, die ähnliche Fälle regeln, sind zunächst die §§ 280, 284 ff. BGB zu erwähnen, mit deren Hilfe verschiedene Schriftsteller eine Lösung des Problems der positiven Vertragsverletzung versucht haben (vergl. oben Seite 17 ff.). Die Aehnlichkeit dieser Tatbestände mit den hier zu untersuchenden besteht darin, daß in beiden Fällen schuldrechtliche Verbindlichkeiten „verletzt" sind. Der Unterschied besteht darin, daß die Verbindlichkeiten bei der Unmöglichkeit und beim Verzuge nicht erfüllt sind, sei es daß ihre Erfüllung nicht mehr nachholbar ist, sei es daß sie noch nachträglich erfolgen kann; in den Fällen der schlechten Erfüllung ist im Gegensatze dazu die Verbindlichkeit, die den Gegenstand des Rechtsverhältnisses bildet, erfüllt worden, sodaß der Gläubiger aus ihrer Nichterfüllung keinerlei Rechte herleiten kann; der dem Gläubiger entstehende Schaden beruht vielmehr auf einem außerhalb der Vertragserfüllung liegenden Verhalten des Schuldners, durch das dem Gläubiger ein Schaden zugefügt wird, sodaß von einer schlechten Erfüllung gesprochen werden kann. Das Unterscheidungsmerkmal beider Arten von Pflichtverletzungen ist also nicht unwesentlicher Art, da das Erfordernis der Nichterfüllung in den §§ 280, 284 BGB derart bedeutungsvoll ist, daß der ganze Sinn und Zweck dieser Vorschriften entfallen würde, wenn man das Tatbestandsmerkmal der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit hinwegdenkt. Andererseits kann nicht gesagt werden, daß daraus, daß das Erfordernis der Nichterfüllung besondere Bedeutung hat, per argumentum e contrario der Satz folgt, daß der Schuldner wegen schlechter Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht haften solle. Für diese Ansicht spricht auch, daß der Gesetzgeber an den Ausschluß einer derartigen Haftung offenbar nicht gedacht hat. Es ist bereits oben im Zusammenhange mit der Erörterung des Ausgangspunktes der herrschenden Lehre über die positiven Vertragsverletzungen darauf hingewiesen worden, daß der Gesetzgeber offenbar der Ansicht gewesen ist, er habe alle Fälle positiver Vertragsverletzungen im Gesetze ausdrücklich geregelt.

Die Vorschriften der §§ 280, 284 ff. BGB, die auch Hch. Lehmann (a. a. O. S. 47) im Wege der Rechtsanalogie zur Lösung der Fälle der Schlechterfüllung heranziehen will, indem er aus ihnen den Satz ableitet, jede schuldhafte Nichterfüllung oder Schlechterfüllung des Forderungsrechts mache schadensersatzpflichtig, sind daher zu einer analogen Anwendung auf die Fälle der schlechten Erfüllung nicht geeignet.

Eine weitere Gruppe von Vorschriften, die Verletzungen schuldrechtlicher Pflichten ausdrücklich regeln, ist bereits oben Seite 7, 19 f. genannt worden.

Von den auf Seite 19 erwähnten Vorschriften können die §§ 606, 558, 545, 1359, 1664 BGB nicht zur analogen Anwendung auf die Fälle der schlechten Erfüllung einer Verbindlichkeit verwandt werden, da sie nicht den äußeren Tatbestand einer Pflichtverletzung normieren, sondern diesen als gegeben voraussetzen. In den §§ 1359, 1664 BGB wird lediglich der innere Tatbestand einer ihrem äußeren Tatbestande nach nicht erwähnten Pflichtverletzung normiert, während die §§ 606, 558 BGB Vorschriften über die Verjährung bereits entstandener Ansprüche, die ihrem Tatbestande nach nicht näher beschrieben werden, enthalten. Da diese Vorschriften somit keinen Rechtsgrundsatz für die Lösung der Fälle schlechter Erfüllung schuldrechtlicher Pflichten erkennen lassen, kann der Ansicht v. Blumes nicht beigetreten werden, der sie (a. a. O. S. 234) zur Lösung der Frage der positiven Vertragsverletzungen heranziehen will. Auch § 545 BGB läßt keinen solchen Grundsatz erkennen; diese Vorschrift behandelt vielmehr einen besonderen Fall einer Anzeigepflicht, bei deren Verletzung es sich nicht um schlechte Erfüllung, sondern um Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung handelt. § 545 BGB gehört also in den Rahmen der bereits oben erwähnten Nebenpflichten des Schuldners.

Das gleiche gilt für die Vorschrift des § 1833 BGB. Wenn hier bestimmt ist, daß der Vormund dem Mündel für den Schaden ersatzpflichtig ist, der diesem aus einer verschuldeten Pflichtverletzung entsteht, dann handelt es sich hier um einen Fall der Verletzung einer Erhaltungspflicht hinsichtlich des Vermögens des Mündels (vergl. oben Seite 36), die hier allerdings nicht als Neben- sondern als Hauptpflicht erscheint.

Auch die nach v. Blumes Ansicht zur analogen Anwendung geeigneten §§ 548, 602 BGB scheiden aus. Aus diesen Vorschriften könnte zwar der Satz abgeleitet werden, daß der Mieter ebenso wie der Entleiher den durch vertragswidrigen Gebrauch und dadurch verursachte Veränderungen und Verschlechterungen entstandenen Schaden zu ersetzen habe. Es handelt sich jedoch in diesen Fällen um Verletzungen von Unterlassungspflichten, die nach den §§ 280 oder evtl. auch 284 ff. zu beurteilen sind (vergl. oben Seite 5 f.). Dies folgt mit Sicherheit aus den §§ 550, 603 BGB. Wenn dem Vermieter im Falle vertragswidrigen Gebrauchs eine Unterlassungsklage gegen den Mieter gegeben wird und wenn § 603 bestimmt, daß der Entleiher von der entliehenen Sache keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch machen darf, dann folgt daraus, daß beide eine Verpflichtung trifft, vertragswidrigen Gebrauch zu unterlassen.

Es verbleiben demnach von den genannten Vorschriften nur die §§ 628 Abs. II, 538, 635 BGB, von denen v. Blume nur § 628 II nennt.

Nach § 628 Abs. II BGB ist der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten gegenüber zum Ersatz des diesem durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet, wenn die Kündigung seitens des Dienstberechtigten durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt wurde.

Auf die §§ 538, 635 BGB und ihren Inhalt ist bereits oben (Seite 9 ff.) näher eingegangen worden.

Um diese Vorschriften einzeln oder in ihrer Gesamtheit zu einer analogen Anwendung auf die in Rede stehenden Fälle verwenden zu können, muß nach dem auf Seite 56 aufgestellten Grundsatze untersucht werden, ob sie den zu lösenden Fällen rechtsähnlich sind und ob aus ihnen ein allgemeiner Grundsatz entnommen werden kann, der auch auf die Fälle der schlechten Erfüllung Anwendung finden darf.

Die Frage nach der Rechtsähnlichkeit der Fälle der schlechten Erfüllung und der durch die vorstehend genannten Rechtsnormen geregelten ist zu bejahen.

Wie bereits oben (Seite 54 f.) hervorgehoben ist, ist das Wesen der schlechten Erfüllung darin zu erblicken, daß der eine Teil eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses bei dessen Erfüllung und Abwickelung dem anderen Teile dadurch einen Schaden zufügt, daß er seine Hauptpflicht zwar erfüllt, aber dies in schlechter Weise tut. In den Fällen des § 628 Abs. II BGB kann es sich zwar auch um Fälle handeln, in denen der Dienstherr die Kündigung des Dienstverpflichteten dadurch veranlaßt, daß er Vertragspflichten in einer Weise nicht erfüllt, die die Anwendung der Vorschriften über Unmöglichkeit oder Verzug rechtfertigt. Dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn er seinen Pflichten nach § 618 BGB verspätet nachkommt oder wenn er eine Erhaltungspflicht hinsichtlich der Person des Dienstverpflichteten dadurch verletzt, daß er z. B. die Anbringung von Schutzgittern an Maschinen verabsäumt und dadurch eine Verletzung des Dienstverpflichteten eintritt, die geschuldete Erhaltung also nicht mehr nachholbar ist. Es ist jedoch auch der Fall denkbar, daß der Dienstherr seinen Pflichten in einer Weise genügt hat, daß von einer Nichterfüllung nicht die Rede sein kann, daß er also z. B. die Schutzvorrichtungen angebracht hat, diese Anbringung jedoch so schlecht ist, daß der Dienstverpflichtete den hierin liegenden wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung nach § 626 BGB zur Lösung des Vertragsverhältnisses benutzt. In diesen und anderen Fällen könnte der Dienstverpflichtete nach § 628 Abs. II BGB Schadensersatz wegen Handlungen des Dienstherrn verlangen, die in schlechter Vertragserfüllung bestehen. Diese Tatbestände sind also rechtsähnlich den hier zu lösenden Fällen schlechter Erfüllung.

Auch in den Fällen der §§ 538, 635 BGB liegt der wesentlichste Grund der Haftung des Vermieters und des Werkunternehmers darin, daß beide ihre Pflichten schlecht erfüllt haben. Entsteht nach Abschluß des Mietvertrages ein Mangel der vermieteten Sache infolge vertretbaren Verhaltens des Vermieters, dann kann dieser seine eigentliche Ver-

tragspflicht noch erfüllen, da er den Gebrauch der vermieteten Sache noch gewähren kann (§ 535 BGB). Der besondere Umstand, der den hier in Frage kommenden zweiten Tatbestand des § 538 BGB charakterisiert, liegt darin, daß er den betreffenden Mangel schuldhaft verursacht hat. Die Haftung nach § 538 BGB, die, wie oben Seite 9 dargelegt, zwar nicht geeignet ist, eine Haftung wegen positiver Vertragsverletzung zu ersetzen, zeigt daher doch große Aehnlichkeit mit den hier zu erörternden Fällen positiver Vertragsverletzungen, da in diesen Fällen gerade auch die eigentliche Hauptleistung erfüllt ist und nur besondere neben der Leistung hergehende Umstände dem Gläubiger einen Schaden zugefügt haben. Bei dieser Vergleichung der Tatbestände kann die oben a. a. O. dargelegte Begrenzung des Haftungsumfanges außer Betracht bleiben.

Das gleiche gilt für den Tatbestand des § 635 BGB. Wenn der Werkunternehmer einen Mangel des Werkes zu vertreten hat, dann ist die vertragliche Leistung, die Herstellung des versprochenen Werkes, erfüllt. Der Besteller könnte das hergestellte Werk nicht als Erfüllung ablehnen mit der Begründung, es sei mangelhaft; er kann nur die ihm nach den §§ 633 ff. zustehenden Rechte geltend machen. Die besondere gegenüber den allgemeinen Vorschriften der §§ 633, 634 verschärfte Haftung des § 635 BGB beruht auch hier darauf, daß der Unternehmer schuldhaft schlecht erfüllt hat.

Daraus ergibt sich, daß das zweite Erfordernis für die Möglichkeit, mit Hilfe der Vorschriften der §§ 628 II, 538, 635 BGB die Fälle der Schlechterfüllung durch Analogieschluß zu lösen, nämlich die Rechtsähnlichkeit, gegeben ist. Da das erste Erfordernis bereits oben Seite 57 festgestellt worden ist, muß nunmehr das letzte untersucht werden, d. h. es muß geprüft werden, ob aus den genannten Vorschriften ein allgemeines Prinzip zu entwickeln ist, das auf die Fälle der schlechten Erfüllung angewendet werden kann.

Die Vorschriften der §§ 628 II, 538, 635 BGB regeln einige besondere Tatbestände, in denen der Schuldner durch schlechte Erfüllung dem Gläubiger einen Schaden zugefügt hat. Die Besonderheit liegt bei ihnen darin, daß im Gegensatze zu der bei diesen Vertragstypen sonst gegebenen Haftung auf Verschulden abgestellt wird, und ferner bei allen Vorschriften darin, daß die genannten Tatbestände nur einigen wenigen Vertragstypen des besonderen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse angehören, während sie bei anderen fehlen. Daher erhebt sich die Frage, ob aus ihnen ein allgemeines Prinzip hergeleitet werden kann, das für alle Fälle schlechter Erfüllung schuldrechtlicher Pflichten Geltung haben kann, mögen die Pflichten nun aus einem der im besonderen Teile des zweiten Buches, des BGB geregelten Schuldverhältnisse oder aus einem Schuldverhältnisse entstehen, das an einer anderen Stelle des BGB oder überhaupt nicht im BGB geregelt ist.

Die erste Besonderheit der Vorschriften, das Abstellen der Haftung auf Verschulden, steht der Ableitung eines allgemeinen

Prinzipes nicht im Wege. Es ist zwar richtig, daß die Sachmängelhaftung im Rechte des Kaufes, der Miete und des Werkvertrages im allgemeinen nur auf das Vorliegen objektiver Mängel gegründet ist, daraus ergibt sich jedoch nicht der Satz, daß die §§ 538, 635 BGB Ausnahmevorschriften seien, die deshalb nur auf Miete und Werkvertrag Anwendung finden und nicht auf ähnliche Tatbestände analog angewendet werden könnten. Es würde dies bedeuten, daß der Grundsatz, daß eine Haftung des Schuldners auf Schadensersatz nur bei Verschulden gegeben sei, die Ausnahme bildet und nicht als Regel anzusehen ist. Tatsächlich bildet dieser Grundsatz jedoch die Regel und nur für das beschränkte Gebiet der Sachmängelhaftung bei Kauf, Werkvertrag und Miete stellt das Gesetz auf das objektive Vorliegen der Mängel ab, um bei den ersten beiden Vertragstypen das Wandelungs- oder Minderungsrecht, bei der Miete die Befreiung des Mieters von seiner Pflicht auf Entrichtung des Mietzinses daran anzuknüpfen. Für die Entstehung von Schadensersatzansprüchen greift das Gesetz dann regelmäßig wieder auf das Verschuldensprinzip zurück. Daß eine Haftung wegen schuldhafter Pflichtverletzung bei allen Schuldverhältnissen neben der objektiven Mängelhaftung und der Haftung für vertretbare Mängel bei der Miete und dem Werkvertrage gegeben sein kann und muß, ist bereits oben (Seite 7 ff.) dargelegt worden. An dieser Stelle genügt daher der Hinweis darauf.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß die in Frage stehenden Vorschriften deshalb keine Ausnahmebestimmungen sind, weil sie auf Verschulden abstellen, und ihre analoge Anwendung auf rechtsähnliche Fälle aus diesem Grunde jedenfalls nicht ausgeschlossen ist.

Die zweite Besonderheit der in Rede stehenden Vorschriften ist, daß sie nur bei einigen wenigen Vertragstypen des Schuldrechts Fälle schlechter Erfüllung regeln. Aber auch aus diesem Grunde kann die Frage danach, ob aus ihnen ein für das gesamte Schuldrecht geltendes Prinzip abgeleitet werden kann, nicht verneint werden. Aus dem Umstande, daß einige Fälle schlechter Erfüllung im Gesetze geregelt sind, kann jedenfalls nicht geschlossen werden, daß das BGB eine Haftung wegen schlechter Erfüllung in allen anderen Fällen ausschließen wollte. Dafür findet sich kein Anhaltspunkt im Gesetzestexte und den Materialien zum BGB. Geht man mit der herrschenden Lehre davon, aus, daß der Gesetzgeber die Fälle der positiven Vertragsverletzung — also auch die hier zu untersuchenden der Schlechterfüllung — übersehen und deshalb zu regeln vergessen hat (vergl. oben Seite 2), dann muß man zu dem Ergebnis kommen, daß er jedenfalls eine derartige Haftung nicht ausschließen wollte. Daß eine Haftung wegen schuldhafter Vertragsverletzung, d. h. auch wegen Schlechterfüllung, bei allen schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen gegeben sein kann, ist bereits mehrfach hervorgehoben worden (vergl. Seite 8). Ein aus den genannten Vorschriften herzuleitendes allgemeines Prinzip hat daher bei allen Schuldverhältnissen Geltung.

Es taucht nunmehr die Frage auf, welchen Inhalt dieses allgemeine Prinzip hat. Nach den in Rede stehenden Vorschriften tritt eine Haftung des Schuldners auf Schadensersatz immer dann ein, wenn er schuldhaft den Eintritt eines Schadens verursacht hat. Aus diesen Vorschriften folgt daher der Grundsatz, daß der Schuldner immer dann schadensersatzpflichtig ist, wenn er durch vertretbares Verhalten dem Gläubiger einen Schaden zugefügt hat und wenn sein Verhalten in schlechter Erfüllung einer schuldrechtlichen Pflicht bestand.

Die treffendste Bezeichnung für die durch diesen Grundsatz geregelten Fälle dürfte nicht der Name „positive Vertragsverletzung" sein aus den bereits oben (Seite 3 f.) eingehend dargelegten Gründen, sondern die von Zitelmann (Festgabe S. 282) geprägte Benennung „Schlechterfüllung", die auch R. Schmidt (§ 70 S. 175) angenommen hat.

In den bisherigen Ausführungen ist der Tatbestand der Schlechterfüllung, also derjenigen Fälle sogenannter positiver Vertragsverletzungen, die nicht mit den im BGB selbst normierten Rechtsinstituten unmittelbar zu lösen sind, und der Rechtssatz, mit dessen Hilfe sie gelöst werden können und müssen, dargelegt worden. Abschließend muß nun noch auf die Rechtsfolgen eingegangen werden, die der oben gefundene allgemeine Grundsatz an die Fälle der Schlechterfüllung knüpft.

Nach § 628 Abs. II BGB ist der Schuldner zum Ersatze des durch die Aufhebung des Rechtsverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet. Nach den §§ 537, 635 BGB muß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten. Die Rechtsfolge, die der allgemeine Grundsatz an die Fälle der Schlechterfüllung anknüpft, muß demnach die sein, daß der Schuldner den durch die Tatsache der Schlechterfüllung entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Für Art und Umfang des Schadens gelten also auch hier dieselben Grundsätze, die bereits oben (Seite 47 f.) für diejenigen Fälle aufgestellt sind, in denen Fälle positiver Vertragsverletzungen durch die im BGB gegebenen Rechtsinstitute gelöst werden können. Der Bahnhofswirt, der eine falsche Auskunft erteilt, der Gesellschafter, der eine falsche Bilanz aufstellt, der Prinzipal, der seinem Angestellten ein schlechtes Zeugnis ausstellt, ist verpflichtet, dem Gläubiger den durch dieses Verhalten entstandenen Schaden zu ersetzen.

Neben der Frage nach Art und Umfang des zu ersetzenden Schadens soll auch hier wie oben (Seite 49 f.) die Frage nach der Beweislastverteilung aufgeworfen werden. Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß der Kläger im Prozesse den Klagegrund zu beweisen hat, sofern ihm das Gesetz diese Beweislast nicht durch Aufstellung besonderer Beweislastregelungen oder Vermutungen abnimmt und sie dem Beklagten überträgt. Zum Klagegrund gehört in den Fällen der Schlechterfüllung, daß der Beklagte schlecht erfüllt hat, daß er dieses Verhalten zu vertreten hat und daß ein Schaden für den Kläger entstanden ist. Wenn der Gläubiger in der Rolle

des Beklagten erscheint, gehören die gleichen Merkmale zur Begründung seiner Einwendungen. Da das Gesetz in den Fällen, die zur Aufstellung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes verwendet worden sind, keine ausdrückliche oder redaktionelle Regelung der Beweislastverteilung normiert hat, muß der Gläubiger nach den oben (Seite 49) aufgestellten Grundsätzen sämtliche zur Entstehung seines Schadensersatzanspruches erforderlichen Tatsachen beweisen. Er muß daher neben dem Vorliegen des äußeren Tatbestandes auch das Vorliegen des inneren Tatbestandes, des Vertretenmüssens beweisen; die Rechtslage weicht also von der in den Fällen unmittelbarer Anwendung der Rechtsinstitute des BGB gegebenen ab (vergl. oben Seite 49). Gleicher Ansicht: Oertmann § 282 Bem. 2; RG in JW 1912/682 = Gruchot 56/910; Enneccerus § 273 Anm. 4; Leonhard Beweislast S. 335. Abweichend Planck-Siber § 282 Bem. 2 ba; v. Tuhr III S. 461; Zitelmann Festschrift S. 281; Rabel JW 23/286. Die abweichende Ansicht von Planck-Siber erklärt sich daraus, daß hier die Notwendigkeit des Begriffes der positiven Vertragsverletzung schlechthin verneint und § 282 BGB unmittelbar angewandt wird. Zitelmann kommt zu seiner Ansicht infolge der von ihm vorgenommenen Analogie der §§ 280, 284 auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen. Die beiden anderen Schriftsteller geben keine ausreichende Begründung. Da wie oben gezeigt eine analoge Anwendung der §§ 280, 284 BGB auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen nicht möglich ist, kann auch die Beweislastverteilung nicht nach den Grundsätzen der §§ 282, 285 BGB vorgenommen werden.

In den Fällen der §§ 538, 628, 635 BGB trifft den Gläubiger die Beweislast für das Vorliegen des gesamten Tatbestandes (für § 635: RG in Recht 1915 Nr. 1317 = Warn. Rspr. 1915 Nr. 79). Die streng durchgeführte Analogie dieser Vorschriften auf die Fälle der Schlechterfüllung führt demnach dazu, dem Gläubiger in diesen Fällen auch die Beweislast für das Vorliegen der subjektiven Seite des Tatbestandes der Schlechterfüllung zu geben.

Die oben (Seite 50) erwähnte Ansicht des Reichsgerichts ist demnach für die Fälle der Schlechterfüllung, aber auch nur für sie, im praktischen Endergebnis zutreffend.

Daß die Anforderungen an den Gläubiger hinsichtlich des Beweises nicht zu streng sein dürfen, ist oben bereits dargelegt worden.

Die gesamten Untersuchungen über Tatbestand und Rechtsfolgen der sogenannten positiven Vertragsverletzungen haben ergeben, daß dieser Begriff zwar zu einem erheblichen Teile entbehrlich ist, weil die unter ihm zusammengefaßten Fälle von Vertragsverletzungen mit Hilfe der §§ 280, 284 ff. BGB gelöst werden können, daß aber doch eine Reihe von Fällen übrig bleibt, in denen eine Lösung mit Hilfe unmittelbarer Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen nicht erreicht werden kann. Diese als „Schlechterfüllung" bezeichneten Fälle sind hinsichtlich ihrer Abgrenzung und Ausdehnung eingehend erörtert worden; ihre Lösung ist mit Hilfe analoger Anwendung einiger positiver Gesetzesvorschriften versucht worden.

Die in der Arbeit gestellte Frage, ob der Begriff der positiven Vertragsverletzungen bei Stückschulden erforderlich sei, muß demnach dahin beantwortet werden, daß dieser Begriff bei Stückschulden in dem Sinne, in dem er von der herrschenden Lehre in Wissenschaft und Rechtsprechung bisher verwandt worden ist, zwar in weitem Maße entbehrlich ist, daß er jedoch für eine kleine Gruppe von Tatbeständen und deren Lösung nicht entbehrt werden kann.

### 4. Anhang: Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzungen beim gegenseitigen Vertrage erforderlich?

In den bisherigen Ausführungen ist die Verletzung schuldrechtlicher Pflichten ganz allgemein untersucht worden. Die untersuchten schuldrechtlichen Pflichten konnten dem Schuldner erwachsen sein aus einseitigen Schuldverhältnissen oder aus Verträgen. Als Rechtsfolge der Verletzung von derartigen Pflichten ist bisher nur eine Schadensersatzpflicht erörtert worden, deren Begründung entweder aus den Vorschriften der §§ 280, 281 BGB oder aus dem zur Lösung der Schlechterfüllung aufgestellten allgemeinen Satze erfolgt ist.

Neben der Regelung der Rechtsfolgen der Vertragsverletzungen bei einseitigen Schuldverhältnissen und gewöhnlichen Verträgen hat das Gesetz die Rechtsfolgen nachfolgender Unmöglichkeit und Verzuges besonders normiert für das Gebiet der gegenseitigen Verträge, d. h. für diejenigen Verträge, bei denen jeder der Vertragsschließenden sich eine Leistung versprechen läßt und als Entgelt dafür eine Leistung verspricht (Enneccerus II 1 § 256 I 1 S. 101), bei denen jeder Teil eine Verpflichtung nur eingeht, um die Verpflichtung des anderen zu erlangen (Planck II 1 S. 355). Nach den §§ 325, 326 BGB kann der eine Vertragspartner unter Umständen, die später noch näher darzustellen sein werden, die Auflösung des ganzen Vertrages verlangen, indem er entweder vom Vertrage zurücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt.

Es erhebt sich nunmehr die Frage, ob diese Rechte nur gegeben sein sollen, wenn Verzug oder Unmöglichkeit vorliegen, oder ob sie auch in den Fällen sogenannter positiver Vertragsverletzungen Anwendung finden können. Dabei taucht wiederum die Frage auf, ob der Begriff der positiven Vertragsverletzung erforderlich ist.

Bei der Prüfung dieser Frage ist es auch hier notwendig zu untersuchen, ob alle Fälle sogenannter positiver Vertragsverletzungen durch das Gesetz selbst erfaßt werden oder ob darüber hinaus Fälle denkbar sind, in denen das Gesetz die Möglichkeit der Lösung nicht bietet. Es müssen daher wie oben die Fragen gestellt werden, ob und was für eine Vertragspflicht im Einzelfalle verletzt ist und wie sie verletzt ist. Die dritte Frage nach dem Vertretenmüssen, die bei Aufstellung des Tatbestandes gleichfalls jeweils gestellt werden muß, kann hier ebenfalls übergangen werden.

Die verletzte Vertragspflicht kann auch bei den gegenseitigen Verträgen die Pflicht zu einer Hauptleistung sein, die in einem Unterlassen zu bestehen hat. So hatte z. B. in dem vom Reichsgericht in RGE 54 S. 286 ff. entschiedenen Falle der Verkäufer von Kohlen die Verpflichtung übernommen, sich in einem bestimmten Bezirke jeder Konkurrenz gegenüber dem Käufer zu enthalten. Das Reichsgericht sah hierin eine wesentliche Vertragspflicht, deren Verletzung mit der gänzlichen Nichteinhaltung des Vertrages gleichbedeutend zu erachten sei und eine vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit im Sinne von § 325 BGB begründe. In derartigen Fällen muß jedoch immer noch die weitere Frage aufgeworfen werden, ob die Unmöglichkeit eine teilweise oder eine vollständige ist. Bei teilweiser Unmöglichkeit hat der Gläubiger nach § 325 Abs. I Satz 2 in Verbindung mit § 280 Abs. II BGB die Rechte aus § 325 Abs. I Satz 1 hinsichtlich der ganzen Leistung unter Ablehnung der Erfüllung des noch möglichen Teiles nur, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat. Wann dies der Fall ist, hängt naturgemäß von den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles ab. Das Reichsgericht nahm in dem mitgeteilten Falle an, daß die teilweise Unmöglichkeit hinsichtlich des berührten Interesses der gänzlichen gleichzustellen sei.

Aehnliche Tatbestände liegen den Reichsgerichtsentscheidungen zu Grunde, die bei Gruchot Bd. 54 S. 911 und bei Warneyer 1912 S. 413 abgedruckt sind. In der Entscheidung bei Warneyer hat das Reichsgericht wie auch in dem anderen genannten Falle die Anwendbarkeit von § 325 BGB auf die Zuwiderhandlung gegen eine in dem gegenseitigen Vertrage enthaltene Unterlassungspflicht bejaht und einen Rücktritt vom ganzen Vertrage zugelassen unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger kein Interesse an der Erfüllung des noch möglichen Teiles mehr habe. In dem Falle bei Gruchot handelt es sich um einen Successivlieferungsvertrag. In diesem Vertrage hatte sich der Verkäufer außerdem noch verpflichtet, an Konsumenten zu einem höheren Preise zu liefern, als an die Händler, mit denen er Successivverträge geschlossen hatte, damit diese bei ihren Abschlüssen Gewinne erzielen konnten. Als der Verkäufer dieser Verpflichtung zuwider trotzdem an Konsumenten unmittelbar zum gleichen Preise wie an die Händler lieferte, gab das Reichsgericht den Händlern die Befugnis, nach § 326 BGB vom Vertrage zurückzutreten, da den Händlern nach Treu und Glauben ein Durchhalten des Vertrages nicht mehr zugemutet werden könne.

Die vertragliche Hauptpflicht des einen Partners eines gegenseitigen Vertrages kann aber auch dadurch verletzt werden, daß eine Gattungsschuld mangelhaft erfüllt wird und der Gläubiger die Leistung nach § 480 BGB zurückweist (vergl. oben Seite 29 f). Gattungsschulden sollen in vorliegender Arbeit nicht behandelt werden. Es genügt daher an dieser Stelle der Hinweis darauf, daß Siber (bei Planck S. 387) die Ansicht vertritt, dem Gläubiger müßten in diesen

Fällen die Rechte aus § 325 BGB zustehen, wenn die festbestimmte Lieferungszeit nicht mehr für eine vertragsmäßige Nachleistung ausreichte.

In den oben erörterten Beispielen, die bereits durchweg gegenseitige Verträge behandelten, ist die Schadensersatzpflicht des Schuldners wegen einzelner Vertragsverletzungen mit Verstößen gegen Nebenpflichten begründet worden. Auch in den hier zu erörternden Fällen, in denen es sich um Vertragsverletzungen handelt, die in dem Gläubiger den Wunsch erwecken, vom ganzen Vertrag zurückzutreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen, stellen diese Vertragsverletzungen sich in den meisten Fällen dar als Verstöße gegen Nebenpflichten. Diese Nebenpflichten sind zwar im allgemeinen nicht als Entgelt für die Leistung des anderen Teils gedacht, also nicht gegenseitig im strengen Sinne, dennoch muß auch hier § 325 Abs. I Satz 2 BGB Anwendung finden, wenn die nachträgliche Erfüllung der Verpflichtung unmöglich geworden ist. Kann die nachträgliche Erfüllung noch vorgenommen werden, liegt die Verletzung der Nebenpflicht also nur in ihrer verspäteten Erfüllung, dann findet § 326 Abs. I Satz 2 BGB Anwendung (Vergl. Planck-Siber S. 387, 370). Voraussetzung für die Anwendbarkeit beider Vorschriften ist jedoch, daß der Gläubiger kein Interesse mehr an der Leistung des möglich gebliebenen Teiles hat. Dieses Erfordernis wird im allgemeinen genügen, um den Schuldner vor einer unbilligen Ausübung der Rechte aus den §§ 325, 326 BGB zu schützen, die darin bestehen könnte, daß der Gläubiger z. B. den Rücktritt ausübt wegen Verletzung einer Nebenpflicht, deren Erfüllung in ganz entferntem Zusammenhange mit dem Vertragszwecke steht. In solchen Fällen muß der Gläubiger sich damit begnügen, den Schuldner nach den §§ 280, 286 BGB wegen Verletzung dieser Nebenpflicht auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, während im übrigen die vertraglichen Pflichten beider Teile ohne Rücksicht auf die Verletzung der Nebenpflicht weiter bestehen bleiben.

Als Nebenpflichten, deren Nichterfüllung den Gläubiger zur Ausübung der Rechte nach den §§ 325, 326 BGB hinsichtlich des ganzen Vertrages berechtigen könnten, kommen zunächst die schon oben erwähnten Erhaltungspflichten in Betracht. Freilich wird in solchen Fällen oft das Interesse des Gläubigers an der Hauptleistung durch die Verletzung der Erhaltungspflicht nicht erloschen sein. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn es sich um sonstige Erhaltungspflichten in dem oben (Seite 33, 38) näher dargelegten Umfange handelt, wenn also die Leistungsfähigkeit des Schuldners nicht berührt ist. So wird man z. B. dem Besteller in dem oben (Seite 4, 38) mitgeteilten Beispiele kein Rücktrittsrecht zubilligen können, wenn der Maler beim Anstreichen der Decke die Möbel, den Kronleuchter oder das Parkett beschädigt hat. Der Besteller wird sich in diesem Falle mit einem

Schadensersatzanspruche wegen der betreffenden Beschädigung begnügen müssen; ein Bedürfnis, den gesamten Werkvertrag durch Rücktritt zu lösen und dem Besteller einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, also wegen Nichterfüllung der geschuldeten und auch tadellos ausgeführten Malerarbeiten zu geben, ist nicht anzuerkennen. Anders ist zu entscheiden, in den Fällen, in denen es sich um Verletzung der Erhaltungspflicht hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Schuldners handelt. Hatte ein Maler z. B. ein altes wertvolles Bild zu restaurieren und verursacht er schuldhaft dessen Zerstörung, dann dürfte der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen können, da sein Interesse an der Vertragserfüllung erloschen und sein Rücktritt gerechtfertigt ist. Das gleiche gilt in ähnlichen Fällen, z. B. wenn der zu dressierende Hund durch schuldhaftes Verhalten des Dresseurs eingeht, oder wenn der Schneider den ihm gelieferten Stoff versetzt.

Die Verletzung von Anzeigepflichten wird dagegen nur selten Rücktritts- oder Schadensersatzansprüche des Gläubigers wegen der ganzen Verbindlichkeit auslösen können. Es ist bereits oben (S. 46 f.) darauf hingewiesen worden, daß es sich in diesen Fällen meist um nicht rechtzeitige Erfüllung trotz möglicher nachträglicher Erfüllung handeln wird, sodaß nur § 326 BGB Anwendung finden könnte. Doch dürften die Voraussetzungen des § 326 Abs. I Satz 2 BGB hier noch seltener gegeben sein als die des § 325 Abs. I Satz 2 BGB bei den Erhaltungspflichten. So kann nicht ohne weiteres gesagt werden, daß der Gläubiger des Schleppschiffahrtsunternehmers in dem oben erwähnten Beispiele kein Interesse an der Ausführung der versprochenen Leistung mehr habe. Auch in dem oben (Seite 3, 52) erwähnten Beispiele Staubs, in dem der Verkäufer wurmstichiger Aepfel schuldhaft die Ansteckung und Wertminderung der Vorräte des Käufers verursacht hat, in dem er also eine Prüfungs- und Anzeigepflicht verletzt hat, wird der Käufer nur selten nach § 326 BGB vorgehen können, da für die Anwendung der dort normierten Rechtsfolgen kaum ein Bedürfnis vorliegt. Der Käufer kann vielmehr entweder die Leistung nach § 480 BGB ablehnen und wegen des durch die Nichterfüllung der Prüfungs- und Erkundigungspflicht verursachten Schadens Ersatz nach § 286 BGB verlangen, oder, wenn er die Ware bereits angenommen hatte, nach den §§ 459 ff. BGB wandeln und für den ihm durch die Ansteckung entstandenen Schaden Ersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung der Prüfungs- und Anzeigepflicht verlangen.

Außer den beiden bisher erörterten Gruppen von Nebenpflichten soll es nach einer mehrfach vertretenen Ansicht noch eine weitere geben. Siber (bei Planck- S. 387) nennt sie Nebenpflichten zur Unterlassung. Er erwähnt die hier ja auch praktisch seltenen Prüfungspflichten überhaupt nicht und die Nebenpflichten zur Unterlassung als zweite Gruppe der in Frage kommenden Nebenpflichten.

Die Verletzung einer derartigen Nebenpflicht liegt nach Siber in mehreren Reichsgerichtsentscheidungen vor. So z. B. in dem Falle in JW 1906 S. 171 f., in dem der Käufer von Chlorkalk sich verpflichtet hatte, die Ware nur zum Export zu verwenden. Das Reichsgericht gab dem Verkäufer einen Schadensersatzanspruch, nachdem der Käufer den Kalk auch im Inlande verkauft hatte. In diesem Falle ist die Pflicht, Verkäufe im Inlande zu unterlassen, nach Siber eine so wesentliche Nebenpflicht des Käufers, daß ihre Nichterfüllung durch Zuwiderhandlung den Rücktritt vom ganzen Vertrage oder einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung hinsichtlich der gesamten Vertragsleistung nach § 325 Abs. I Satz 2 BGB rechtfertigen würde.

In einem weiteren Falle rechtfertigt das Reichsgericht (Warneyer 1912 S. 413 f.) den Rücktritt des Verkäufers für den Fall, daß der Käufer seiner Verpflichtung, zuwiderhandelt, Flaschenverschlüsse nicht unter einem gewissen Mindestpreise zu verkaufen. Das Reichsgericht sah in dem Verkaufe zu Schleuderpreisen eine teilweise Unmöglichkeit, die den Rücktritt vom ganzen Vertrage rechtfertige. Gegen eine solche Unterlassungspflicht verstößt jeder Käufer einer Sache, der durch Kartell- oder Ringpreise gebunden ist, wenn er unter diesen Preisen an einen Dritten weiterverkauft.

In dem Falle der Reichsgerichtsentscheidung in RGE 54/99 war zwischen dem Käufer und dem Verkäufer großer Kiesmengen vereinbart worden, daß die Menge des gelieferten Materials an Hand der daraus hergestellten Kubikmeter Betonbau festgestellt werden sollte. Der Abnehmer hatte den Kies mehrmals zu anderen Zwecken benutzt und dadurch die verabredete Art der Berechnung gefährdet. Das Reichsgericht sah hierin die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, die anderweitige Verwendung des Kieses zu unterlassen, ohne freilich so weit zu gehen, dem Käufer die Rechte aus § 325 BGB zuzubilligen. Im Gegensatze dazu behaupten Siber (bei Planck S. 387) und Kipp (DJZ 1903 S. 251), daß im vorliegenden Falle eine Pflicht des Käufers bestanden hätte, bei der Feststellung des Preises positiv mitzuwirken. Es dürfte jedoch der Ansicht des Reichsgerichts hinsichtlich des Tatbestandes, d. h. der Annahme einer Unterlassungspflicht, der Vorzug zu geben sein, da die Annahme einer positiven Mitwirkungspflicht, wie sie Kipp und Siber konstruieren wollen, zu fern liegt.

Allerdings muß mit der Annahme von Unterlassungspflichten vorsichtig verfahren werden. Es ist schon oben (Seite 32) darauf hingewiesen worden, daß die Ansicht Lehmanns, der in jeder Vertragspflichtverletzung eine Zuwiderhandlung gegen die Pflicht, derartige Verletzungen zu unterlassen, sieht, nicht geteilt werden kann. In den Fällen, in denen zur Konstruktion derartiger Nebenpflichten gegriffen worden ist, weil andere Nebenpflichten nicht nachzuweisen waren, handelt es sich um Vertragsverletzungen des Schuldners, die Siber mit einer Erhaltungspflicht hinsichtlich des Vermögens zu lösen versucht hat (vergl. oben Seite 36). Es ist schon oben näher

dargelegt worden, daß es sich in diesen Fällen um Verletzungen handelt, die nicht mit den Begriffen Unmöglichkeit und Verzug gelöst werden können, sondern um Fälle, in denen der Begriff der positiven Vertragsverletzung tatsächlich nicht entbehrlich ist (vergl. oben Seite 37, 54).

Derartige Fälle können auch bei gegenseitigem Vertrage vorkommen. Freilich wird ein Bedürfnis für die Anwendung der Regeln über den gegenseitigen Vertrag selten sein; der Gläubiger wird in den wenigsten Fällen Veranlassung haben, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen. Im allgemeinen wird die Anwendung der Regeln über die „Schlechterfüllung", wie sie oben a. a. O. entwickelt sind, auf die der Vertragserfüllung nebenhergehende Pflichtverletzung zu einem billigen Ergebnis führen. Es soll jedoch auch hier untersucht werden, wie diese Fälle systematisch zu behandeln sind.

Der Standpunkt des Schrifttums ist folgender: Staub als Begründer der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen vertrat den Satz, daß die Lösung mit Hilfe einer analogen Anwendung des § 326 zu finden sei. Nach seiner Ansicht (Staub-Müller S. 21) ist der Rechtsgedanke der gleiche wie in § 326 BGB; die Verkehrsinteressen erheischten daher die gleiche Regelung. Begehe der eine Teil durch positives Handeln Vertragsverletzungen, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährdeten, so entspreche es den Regeln der Gerechtigkeit und der Jurisprudenz, wenn dem vertragstreuen Teile nicht zugemutet werde, zuzuwarten, bis der andere Teil durch Fortsetzung der Rechtsverletzung den Vertragszweck vollständig vereitelt habe, sondern wenn ihm auf Grund des rechtsverletzenden und den Vertragszweck gefährenden Verhaltens des Vertragsgegners ein Recht auf Rücktritt vom ganzen Vertrage oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages gewährt werde. Staub-Müller wollen dem vertragstreuen Teile diese Rechte in analoger Anwendung des § 326 BGB gewähren, wobei sie von dem Erfordernis einer Fristsetzung absehen wollen.

Das Reichsgericht hat sich dieser Lehre im wesentlichen angeschlossen. Die erste derartige Entscheidung in RGE 54/98 ist bereits oben (Seite 68) erwähnt worden. Das Reichsgericht wandte hier § 326 BGB analog an und gab dem Verkäufer des Kieses ein Rücktrittsrecht, nachdem der Käufer trotz mehrfacher Verwarnungen die gekaufte Ware vereinbarungswidrig zu anderen Zwecken verwandt hatte. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß in diesem Falle eine Unterlassungspflicht verletzt und daß die Unmöglichkeit ihrer Erfüllung verschuldet ist. Das Reichsgericht wendet die Grundsätze des § 326 BGB auf alle Fälle sogenannter Vertragsverletzung an, also im Gegensatze zu der in vorliegender Arbeit vertretenen Ansicht auch auf die Fälle, in denen die Vertragsverletzung in ver-

schuldeter Unmöglichkeit und Verzug besteht. Es hat die oben genannte Entscheidung wiederholt bestätigt; so z. B. in den Entscheidungen in RGE 57/114, 63/297, 67/7, 93/286 u. a.

Im Gegensatze zur Lehre des Reichsgerichts will Enneccerus in diesen Fällen mit einer analogen Anwendung der §§ 325, 326 BGB helfen (Enneccerus II 1 § 278 II S. 177). Ebenso R. Schmidt (Lehrbuch S. 176), während Lesser (S. 47) seinen schon oben erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsatz des BGB anwenden will, nach dem jede schuldhafte Verletzung einer Leistungspflicht zum Schadensersatze verpflichte; da bei gegenseitigen Verträgen infolge der funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung es dem vertragstreuen Teile öfter ersprießlicher sei, ganz vom Vertrage loszukommen, als bloß Schadensersatz zu erhalten, will Lesser ihm ein Rücktrittsrecht gewähren. Seinen Rechtsgrundsatz entnimmt Lesser (a. a. O.) aus den beiden im Gesetze geregelten Fällen von Vertragsverletzungen beim gegenseitigen Vertrage, den §§ 325, 326 BGB.

Von den genannten Ansichten ist die von Enneccerus und Schmidt die brauchbarste. Das BGB selbst ist unmittelbar nicht zu einer Lösung heranzuziehen. Ebenso versagt die analoge Anwendung irgendwelcher anderer Vorschriften, da das Gesetz keine weiteren Fälle enthält, in denen der Gläubiger bei schuldhaften Vertragsverletzungen des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann. Die §§ 628 II, 538, 635 BGB können nicht zum Ziele führen, da sie allein Schadensersatzpflichten konstatieren und das hier in Frage stehende Recht zum Rücktritt vom Vertrage nicht geben. Dagegen ist eine analoge Anwendung der §§ 325, 326 BGB in der Lage, diese Rechtsfolgen an die noch übrig bleibenden Fälle der positiven Vertragsverletzungen zu knüpfen. Diese Fälle und die in den §§ 325, 326 BGB geregelten sind einander rechtsähnlich, es bestehen auch keine Bedenken gegen die Ableitung des Grundsatzes aus den §§ 325, 326 BGB, daß derjenige Teil eines gegenseitigen Vertrages, der schuldhaft gegen seine Pflichten verstößt, dem anderen Teile Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten hat und daß der vertragstreue Teil vom Vertrage zurücktreten kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb nur § 326 BGB allein anwendbar sein soll. Wenn das Gesetz schon zwei Fälle schuldhafter Verstöße gegen die vertraglichen Pflichten normiert, dann wird man den dritten Fall am zweckmäßigsten mit einer analogen Anwendung des sich aus beiden ergebenden Rechtsgrundsatzes lösen können.

Bei diesen Ausführungen ist jedoch immer davon ausgegangen, daß eine analoge Anwendung der §§ 325, 326 BGB nur in den wenigen Fällen notwendig ist, in denen im Gegensatze zur herrschenden Lehre einzig und allein der Begriff der positiven Vertragsverletzung noch erforderlich erscheint. In den übrigen Fällen, in denen wie oben dargelegt eine unmittelbare Anwendung der §§ 325, 326 BGB

möglich ist, bleibt es bei der Anwendung dieser Vorschriften. Eine Analogie ist in ihnen weder möglich noch nötig.

Daraus folgt, daß der Begriff der positiven Vertragsverletzung auch beim gegenseitigen Vertrage, soweit es sich um die Frage handelt, ob der vertragstreue Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann, zwar zum weitaus größten Teile seiner von der herrschenden Lehre angenommenen Anwendungsfälle entbehrlich ist, daß es jedoch Fälle gibt, in denen die Lösung nur unter Zuhilfenahme dieses Begriffes möglich ist.

# Schriftenverzeichnis.

## I. Lehrbücher:


Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2. Abtlg. 23.—27. Aufl. 10 Bearbtg. 1927. Marburg. Bd. I, 1. Abtlg. 23.—24. Aufl. 1928. Marburg.

Schmidt, Rudolf, Bürgerliches Recht. 1. Aufl. 1927.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 8. Aufl. 1927.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Recht systematisch dargestellt. I. Bd. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 1903.

Kress, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1. Aufl. 1929.

Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des BGB. 2. Aufl. 1922.

Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1. Aufl. 1929.

v. Tuber, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1910, II. Bd., 2. Hälfte. 1918.


## II. Kommentare:


Oertmann, Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 1927.

— Recht der Schuldverhältnisse. II. Buch, 1. Abtlg. 3.—4. Aufl. 1910. 5. Aufl. 1928. 2. Abtlg. 5. Aufl. 1929.

Planck, Kommentar zum BGB. I. Bd. 4. Aufl. 1913. II. Bd. 1. Hälfte 4. Aufl. 1914, 2. Hälfte 4. Aufl. 1928.

Kommentar von Reichsgerichtsräten. II. Bd. 1. und 2. Teil. 6. Aufl. 1928.

Rosenthal, Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1929.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. I. Bd. 4. Aufl. 1929.

Staudinger, Kommentar zum BGB. I. Bd. 9. Aufl. 1925. II. Bd. 1. Teil. 7.—8. Aufl. 1912. 9. Aufl. 1928.

Staub-Könige, Kommentar zum HGB. III. Bd. 12/13. Aufl. 1926.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. II. Bd. 2. Aufl. 1910 u. 1913.

Makower, HGB. 2. Bd. 13. Aufl. 1907.


## III. Einzelschriften, Abhandlungen und Dissertationen:


v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. Dogm. Jahrb. 55, S. 209 ff.

Brecht, System der Vertragshaftung. Dogm. Jahrb. 53, S. 213 ff.

Dernburg, Das Rücktrittsrecht des Verkäufers bei positiven Vertragsverletzungen. D. J. Z. 1903, S. 1 ff.

Doerr, Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. Recht 1908, S. 207.

Golde, Nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungspflichten. Arch. f. z. Pr. 99, S. 306 ff.

Hesse, Verträge auf fortgesetzte Lieferung nach dem Rechte des BGB. Diss. Marburg 1905.

Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. DJZ 1903, S. 253 ff.

Kiss, Positive Vertragsverletzungen. Arch. f. bürg. Recht, Bd. 31, S. 175 ff.

Krückmann, Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. D. J. Z. 1905, S. 205 ff.
— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Dogm. Jahrb. 59, S. 311 ff.
— Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Arch. f. bürg. Recht. 101, S. 1 ff. insbes. S. 190 ff.
Lehmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht. 1906 München.
— Die positiven Vertragsverletzungen. Arch. f. z. Pr. Bd. 96, S. 60 ff.
Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. I. Bd. Leipzig 1912.
Leonhard, in Ecks Vorträgen über das Recht des BGB. 1.—2. Aufl. Bd. 1. 1903.
— Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910 Berlin.
— Die Beweislast. 2. Aufl. 1926 Berlin.
Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. Breslau 1910.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898 Berlin.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. I. Bd. 1888 Berlin.
Müller-Erzbach, Ueber das Rücktrittsrecht bei sukzessiven Lieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen. DJZ 1904. S. 1158 ff.
Protokolle der Kommission über die II. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Herausgegeben vom Reichsjustizamte. I. Bd. 1897 Berlin.
Rogowski, Auf welcher Grundlage beruht der Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungsobligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung? Arch. f. z. Pr. 104, S. 303 ff.
Schmidt, Rudolf, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. 1915 München.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrage, Miet- und Dienstvertrage nach dem BGB. Gruchot, Bd. 46, S. 1 ff.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Dogm. Jahrb. 50, S. 55 ff.
Staub, Ueber die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen. Festgabe für den 26. Deutschen Juristentag 1902, Berlin.
— Die positiven Vertragsverletzungen. 1. Aufl. 1904 Berlin.
Staub-Müller, dasselbe. 2. Aufl. 1913 Berlin.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht. Arch. f. z. Pr. 92, S. 1 ff.
Werner, Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Erfüllung einer Verbindlichkeit. Recht 1903, S. 308.
Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger. 1911. S. 260 ff. Zit. Festgabe.
— Lücken im Recht. Leipzig 1903.

### IV. Entscheidungen:

des Reichsgerichts: in RGE:
68/194, 58/28, 64/345, 73/347, 52/19, 53/202, 66/291, 106/25, 65/19, 100/54, 77/409, 54/286, 59/19, 54/98, 57/112, 63/297,

67/7, 93/286, 104/277, 78/388, 102/409, 67/317, 104/16, 103/47, 95/58, 97/325, 107/357, 80/200.

bei Gruchot:
54/911, 56/950, 65/221.

DJZ: 1907, S. 481.

in J. W.:
1906, S. 171, 299,
1912, S. 682, 743,
1908, S. 237,
1915, S. 240, 577,
1923, S. 286.

bei Warneyer: 1912, S. 280, 413. 1915, Nr. 79.

in Recht: 1915, Nr. 1317.

der Oberlandesgerichte:
Hamburg in Seuff. Arch. 56/392,
Braunschweig in Recht 1906, Nr. 2095.

## Lebenslauf.

Ich bin am 7. April 1905 in Aschersleben als Sohn des Mittelschullehrers Georg Richter und seiner Ehefrau Elsbeth geb. Golze geboren. Von Ostern 1911 bis 1914 besuchte ich in Halle (Saale) die Mittelschule; Michaelis 1914 wurde ich aus der Vorschule, die ich ein halbes Jahr lang besucht hatte, in das Stadtgymnasium zu Halle versetzt. Diese Anstalt verließ ich im Herbst 1923 mit dem Zeugnis der Reife und erlernte bis Ostern 1926 das Bankfach bei der Commerz- und Privat-Bank A.-G. Filiale Halle. Nach Abschluß der Lehrzeit und einmonatiger Tätigkeit als Angestellter verließ ich die Bank und widmete mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Halle. Am 14. Dezember 1929 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Naumburg a. S. das Referendarexamen und trat in den Vorbereitungsdienst ein. Während meines Studiums hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren: Aubin, Boehmer, Brodnitz, Bilfinger, Finger, Fleischmann, Hein, Hermberg, Jahn, Joerges, Kisch, Kitzinger, Langheineken, Ruth, Schmidt, Siefert. Allen meinen Lehrern bin ich zu Dank verpflichtet.

Die vorstehende Arbeit ist aus der akademischen Preisarbeit des Jahres 1929 entstanden, deren Preis ich am 18. Januar 1930 erhielt. Für die Anleitung und Anregung bei der Umarbeitung der Preisarbeit schulde ich Herrn Professor Dr. Boehmer besonderen Dank.

---

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Straße 14
Spezialdruckerei für wissenschaftliche Werke und Dissertationen